

TRADUCTION

DU LIVRE VII DES PANDECTES,

ACCOMPAGNÉE D'UN COMMENTAIRE,

PRÉCÉDÉE D'UN EXPOSÉ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

DE PROPRIÉTÉ

ET

DE SES PRINCIPAUX DÉMEMBREMENTS,

PARTICULIÈREMENT

DE L'USUFRUIT.

PAR M. C.-A. PELLAT,

Professeur de Pandectes à la Faculté de Droit de Paris.



PARIS.

ALEX-GOBELET, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE SOUFFLOT, N° 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

1837

Paris. — Typographie de Rignoux, rue des Francs-Bourgeois-Saint-Michel, 8.

INTRODUCTION.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ROMAIN

SUR

LA PROPRIÉTÉ

ET SES PRINCIPAUX DÉMEMBREMENTS,

PARTICULIÈREMENT

SUR L'USUFRUIT.

AVERTISSEMENT.

Mon but, dans cette introduction, n'est point de faire un traité complet des *droits réels;* mais seulement de réunir, dans un cadre resserré, quelques principes élémentaires, qui ont besoin, pour être bien saisis, d'être rapprochés et comparés. Quelle idée faut-il attacher au droit de propriété et au fait de possession? Comment la propriété peut-elle se fractionner en plusieurs droits partiels, et comment la possession, qui en est l'exercice, correspond-elle à chacun de ces démembrements, et particulièrement à l'usufruit? Comment s'acquièrent et se perdent la propriété intégrale et ses démembrements? Comment sont-ils garantis par le droit civil? Quelle protection spéciale le droit prétorien accorde-t-il à leur possession, et dans quels cas la protection prétorienne imite-t-elle la garantie civile? Voilà des questions qui sont dispersées dans les textes et

leurs commentaires, et qu'il est cependant nécessaire d'embrasser d'un seul coup d'œil. L'exposé comparatif que j'en fais étant destiné à servir d'introduction à la *partie exégétique* de mon cours pour ces deux dernières années (1834-35, *propriété et possession;* 1835-36, *usufruit*), mais plus spécialement pour la dernière, j'ai passé légèrement sur ce qui trouvera son développement dans l'explication des textes, et je me suis arrêté davantage sur ce que je n'aurai pas occasion d'y rencontrer.

Il ne pouvait entrer dans le plan de cet aperçu rapide de multiplier les citations d'auteurs : je ne me les suis permises que quand j'avais à appuyer une opinion nouvelle ou à combattre une doctrine accréditée. Cela expliquera pourquoi je n'ai cité la *Chrestomathie* de M. Blondeau et les *Institutes expliquées* de M. Du Caurroy, que sur les points où j'étais en dissidence avec leurs auteurs, et me servira d'excuse auprès de deux collègues aux écrits et aux conseils desquels je me plais à reconnaître que je dois beaucoup pour la direction de mes études en droit romain.

Au reste je donnerai, en tête du commentaire sur chaque titre, la liste des principaux interprètes qui ont traité la matière.

J'ai suivi, pour le texte, l'édition des Florentines donnée par Taurelli, dont les nouvelles éditions, publiées récemment en Allemagne par MM. Beck et Kriegel, s'écartent trop souvent, à mon avis, sans nécessité et même sans utilité. J'ai indiqué en note les variantes les plus importantes que fournissent la Vulgate, les éditions de Haloander, Le Conte, Charondas, etc. J'engage les étudiants à consulter, sur ces éditions, le chapitre 4 de la section IV de l'*Histoire du Droit romain*, par M. Berriat-Saint-Prix.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ROMAIN

SUR

LA PROPRIÉTÉ

ET SES PRINCIPAUX DÉMEMBREMENTS,

ET PARTICULIÈREMENT

SUR L'USUFRUIT.

Le droit le plus étendu qu'une personne puisse avoir sur une chose s'appelle PROPRIÉTÉ ou DOMAINE (*dominium*) : c'est le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose d'une manière exclusive.

Droit d'user, droit de jouir, droit de disposer, tels sont les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété.

User (*uti*), c'est se servir de la chose, l'employer à un usage qui puisse se renouveler.

Jouir (*frui*), c'est percevoir les fruits, c'est-à-dire les produits matériels de cette chose.

Disposer (*abuti*), c'est faire de la chose un usage définitif, qui ne se renouvellera plus, au moins pour la même personne, savoir : la transformer, la consommer, la détruire, la transmettre à un autre.

Celui qui a sur une chose tous ces droits est *propriétaire* ou *maître* (*dominus*) de cette chose.

Le droit de propriété peut être limité de diverses manières.

Quelquefois une même chose appartient à plusieurs personnes en commun. Le droit de chacun se trouve alors limité par celui des autres; mais tous ayant également part aux divers droits partiels dont se compose le droit de propriété, et se trouvant ainsi dans une position exactement semblable, le droit de chacun conserve le nom de propriété : il y a plusieurs propriétaires ou copropriétaires (*plures domini*) de la même chose.

D'autres fois les divers attributs de la propriété se trouvent répartis entre plusieurs personnes, de telle sorte qu'aucune ne participe à tous, ou n'y participe pas d'une manière égale : alors la propriété est démembrée, et chacun de ses démembrements prend un nom différent.

Ainsi, cette distribution est-elle faite de façon qu'une personne ait le droit d'user et de jouir exclusivement pendant un certain temps (ordinairement celui de sa vie), et qu'après l'expiration de ce temps, une autre personne doive en avoir à perpétuité l'usage, la jouissance et la disposition également exclusives, on appelle alors USUFRUIT (*ususfructus*) le droit de la première,

et NUE PROPRIÉTÉ (*nuda proprietas*) le droit de la seconde.

La première n'a que deux des éléments de la propriété, et seulement d'une manière temporaire : le droit d'user, et celui de jouir (*jus utendi, jus fruendi*) : elle se nomme *usufruitier* (*usufructuarius*).

La seconde est privée actuellement de ces deux avantages, dont elle conserve seulement l'expectative ; elle a le troisième élément de la propriété, le droit de disposer (*jus abutendi*), mais singulièrement modifié, car elle ne peut détruire ni même transformer la chose de manière à en altérer le mode de jouissance : elle peut seulement l'aliéner, en ce sens qu'elle transmettra à un autre l'expectative assurée d'obtenir un jour l'usage et la jouissance à perpétuité. En lui conservant le nom de propriétaire (*dominus*), on a donc raison de dire que sa *propriété* est *nue*, c'est-à-dire dépouillée de ses principaux avantages (1) : quand ils reviendront s'y réunir, elle se revêtira, se complètera, et s'appellera *pleine propriété* (*plena proprietas*).

Il est possible que le droit d'USAGE seul (*usus*) soit séparé de la propriété : il y a alors un *usager* (*usuarius*), et un propriétaire (*dominus*). L'usage peut aussi appartenir à un individu, la jouissance à un autre, la nue pro-

(1) L'utilité actuelle, pour le nu propriétaire, se réduit au profit qu'il peut retirer de la faculté d'aliéner (en totalité ou par démembrement), et à quelques produits qui, n'étant pas réputés *fruits*, n'appartiennent pas à l'usufruitier

priété à un troisième : il y a alors *usuarius*, *fructuarius*, et *dominus*.

Si l'on peut démembrer la propriété d'une chose mobilière ou immobilière, de façon qu'une personne en ait la jouissance pendant un temps déterminé, et qu'à l'expiration de ce temps, une autre personne en ait la jouissance et la disposition perpétuelles, on peut démembrer aussi la propriété d'un immeuble, dans la vue d'augmenter la valeur ou l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un maître différent. Un propriétaire, par exemple, peut renoncer à élever un bâtiment sur son terrain, ou à y planter des arbres, afin de conserver du jour ou de la vue à une maison voisine; il peut accorder un passage sur son champ pour l'exploitation d'un autre fonds, ou concéder le droit d'y faire passer un cours d'eau pour arroser la prairie d'un autre.

Lorsque la propriété d'un immeuble est ainsi démembrée pour le service ou l'utilité d'un autre immeuble appartenant à une autre personne, on donne le nom de SERVITUDE (*servitus*) à la charge qui pèse sur le premier ; le fonds qui doit la servitude est appelé fonds *servant* (*prædium serviens*); celui auquel elle est due, fonds *dominant* (*prædium cui servitus debetur*).

En vertu de cette servitude, tantôt le propriétaire du fonds dominant peut faire sur le fonds servant quelque acte qui, autrement, lui serait interdit; tantôt le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de faire sur son fonds quelque acte qu'il pourrait faire sans cela : en d'autres termes, la servitude assujettit le

propriétaire du fonds servant à souffrir ou à s'abstenir; *servitus vel in patiendo , vel in non faciendo consistit.* Celles-là peuvent s'appeler *positives*, celles-ci *négatives.*

Un droit semblable peut être établi pour l'avantage d'une personne : on dit alors que *res servit personæ ;* c'est une *servitude personnelle* (*servitutes personarum*, *jus hominis*). Dans les cas précédents, l'avantage du droit concédé ne profite à la personne qu'en tant que propriétaire d'un fonds voisin : on dit que *prædium servit prædio ;* c'est une *servitude réelle*, un *service foncier* (*servitutes prædiorum*, *jus prædii*).

Ces dénominations viennent de ce que l'état ordinaire d'un fonds, où il ne doit de services qu'au propriétaire, est réputé l'état de liberté du fonds (*prædium liberum*); quand il doit des services à un autre qu'au propriétaire, il est assujetti, il est esclave (*prædium servum*, *prædium servit*).

Faisons, avant d'aller plus loin, une remarque qui, au premier coup d'œil, semble purement grammaticale, mais qui a, pour le Droit romain surtout (1), une importance assez grande pour l'explication doctrinale.

Au lieu de dire : la propriété de cette chose est à moi (*dominium hujus rei est meum*), on dit habituellement : cette chose est à moi (*hæc res est mea*). Cette

---

(1) Elle n'est pas sans intérêt pour le Droit français, comme nous le verrons tout à l'heure.

manière de s'exprimer est très-naturelle , puisque le droit de propriété, le droit le plus entier qu'on puisse avoir, quand il n'est pas démembré, attribuant au maître toute l'utilité de la chose, la lui rend tellement propre , que le droit semble alors se confondre avec la chose objet du droit.

Mais quand je veux parler d'un droit d'usufruit ou de servitude, il faut nécessairement que je dise : J'ai l'usufruit de cette chose, j'ai une servitude sur cette chose (*ususfructus hujus rei meus est*, *jus mihi est utendi fruendi hac re*, *jus mihi competit eundi ambulandi per hunc fundum*).

Dans le premier cas, on peut ne parler que de la chose, sans mentionner expressément le droit qu'on a sur elle.

Dans le second cas, il est indispensable de mentionner expressément le droit qu'on a sur la chose indiquée.

Dans le premier cas, on dit que telle chose m'appartient, que j'ai cette chose.

Dans le second cas, on dit que tel droit m'appartient sur telle chose, que j'ai tel droit sur telle chose.

Ici l'affirmation porte immédiatement sur le *droit*, et médiatement sur la *chose*.

Là, elle porte immédiatement sur la *chose*, en sautant l'intermédiaire, le *droit*.

Sans doute la manière seule de s'exprimer diffère; la pensée dans les deux cas porte également sur un *droit* qu'on affirme avoir sur une *chose*.

Mais cette différence d'expression a eu une grande influence sur la théorie, et voici comment :

Les objets de nos droits de propriété, d'usufruit, de servitude, sont des choses qui tombent sous nos sens, des choses matérielles, des *choses corporelles* (*res corporales*).

Nos droits de propriété, d'usufruit, de servitude, sont, au contraire, des choses qui n'ont d'existence que dans l'entendement, des êtres de raison, des choses immatérielles, des *choses incorporelles* (*res incorporales*).

Cependant le droit de propriété (*dominium*) ne figure jamais dans l'énumération que les Romains nous donnent des choses incorporelles. Cette énumération ne comprend que les servitudes tant personnelles que réelles, l'hérédité, les créances. Il est même à remarquer que le mot *jus*, qu'on trouve habituellement appliqué aux droits partiels détachés du *dominium*, ne se rencontre pas appliqué au *dominium* lui-même, en sorte qu'on pourrait dire antithétiquement : *dominium in re propria..... jus in re aliena.*

Cela s'explique par l'habitude qu'avaient les Romains de ne pas nommer expressément le droit de propriété, et de nommer toujours les autres droits. Cette habitude les a conduits à dire de celui qui acquiert la propriété d'une chose, qu'il acquiert une *chose corporelle ;* de celui, au contraire, qui acquiert le droit d'usufruit, de servitude sur une chose, qu'il acquiert une *chose incorporelle.*

Ils disent encore que le premier acquiert une *chose* (*rem*) ; et que le second acquiert un *droit* (*jus*).

Le premier veut-il faire reconnaître son droit de propriéte qui lui est contesté, on dira qu'il revendique une chose corporelle, ou simplement une *chose* (*vindicat rem*).

Le second veut-il aussi faire reconnaître son droit d'usufruit ou de servitude qui est méconnu, on dira qu'il revendique une chose incorporelle, un *droit* (*vindicat jus*).

Cependant ce que l'un et l'autre acquièrent, ce qu'ils veulent faire reconnaître judiciairement, c'est également un *droit* sur une *chose*; pour l'un comme pour l'autre, l'acquisition et la revendication portent immédiatement sur le droit (la chose incorporelle) et médiatement sur la chose (la chose corporelle). La propriété n'est pas plus matérielle que l'usufruit; mais le propriétaire dit: Ce fonds est à moi, *hic fundus est meus*, et non pas, la propriété de ce fonds est à moi, *dominium hujus fundi est meum;* tandisque l'usufruitier dit: Le droit d'user et de jouir de ce fonds est à moi, *jus utendi fruendi hoc fundo mihi est.* La formule de la revendication est, pour l'un: *Si paret illum fundum esse Titii;* pour l'autre: *Si paret jus esse Titio utendi fruendi illo fundo* (1).

(1) Cette distinction des choses en corporelles et incorporelles a été implicitement conservée par notre Code civil. Après avoir divisé les biens en meubles et en immeubles (art. 516), il

L'influence de cette diversité d'expression s'étend plus loin, comme on va le voir.

Posséder (*possidere*) une chose, c'est avoir cette chose en sa puissance : voilà le sens vulgaire du mot. Ce n'est point encore là le sens précis de ce terme en jurisprudence. Il faut distinguer la possession de la détention.

---

ajoute que les biens sont meubles, 1° par leur nature, 2° par la détermination de la loi (art. 527); et qu'ils sont immeubles, 1° par leur nature, 2° par leur destination, 3° par l'objet auquel ils s'appliquent (art. 517). Or, les meubles de la première classe, et les immeubles des deux premières classes, sont des choses corporelles; les meubles de la deuxième classe, et les immeubles de la troisième classe, sont des choses incorporelles. En effet, sont *meubles par la détermination de la loi*, les *obligations* et *actions* qui ont pour objet des sommes ou des effets mobiliers (art. 528); sont *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent*, *l'usufruit* des choses immobilières, les *servitudes* ou services fonciers, les *actions* qui tendent à revendiquer un immeuble (art. 526). *L'action qui tend à revendiquer un immeuble*, soit qu'on entende par là l'action déjà intentée, ou l'action qu'on a droit d'intenter, n'est pas un *bien* distinct de la *propriété* même de l'*immeuble*. Voilà donc qui fait double emploi avec la première classe, à moins qu'on ne veuille entendre ici, contre le sens littéral du mot *revendiquer*, l'action *personnelle* d'un *créancier*, au lieu de l'action *réelle* d'un *propriétaire*. Ou bien, en suivant le sens littéral, faudra-t-il distinguer, et dire que, quand je suis propriétaire d'un immeuble, j'ai dans mon patrimoine une *chose corporelle* (un bien immeuble par sa nature), si je le possède, et une *chose incorporelle* (un bien immeuble par l'objet auquel il s'applique), s'il est en la possession d'un tiers?........ Chez les Romains, du moins, quelque peu philosophique que soit la division adoptée par eux, il n'y avait pas double emploi et confusion.

Avoir une chose en son pouvoir peut n'être encore que la *détenir*.

Il faut l'avoir en son pouvoir, comme sienne, pour la *posséder*.

La *possession* est le *fait* qui répond au *droit* de *propriété*, et qui peut s'y trouver réuni dans la même personne, ou en être séparé.

Je possède une chose, quand je l'ai à ma disposition comme mienne, que j'en sois ou non propriétaire, quand même je saurais qu'un autre est propriétaire, si je ne veux pas le reconnaître pour tel.

Je détiens seulement cette chose, si je n'ai pas la prétention de me conduire comme propriétaire, si je reconnais un autre comme maître.

Dans le premier cas, m'attribuant à moi-même, à tort ou à raison, la qualité de propriétaire, je possède pour moi, je possède véritablement: *mihi possideo; possideo*.

Dans le second cas, reportant sur un autre la qualité de propriétaire, je possède pour cet autre, je ne possède pas véritablement moi-même, c'est cet autre qui possède par moi, je suis l'instrument de sa possession : *non possideo*, *alter per me possidet*, *alienæ possessioni præbeo ministerium*.

On oppose encore la première hypothèse à la seconde, en disant que l'un possède (*possidet*), et que l'autre est en possession (*est in possessione*), ou que l'un possède (*possidet*), et que l'autre ne pos-

sède que naturellement (*naturaliter tantum possidet*) (1).

Ainsi le locataire ou le commodataire *non possidet, est in possessione, naturaliter tantum possidet;* le locateur ou le commodant *possidet, per alterum possidet.*

L'usufruitier, qui reconnaît, ainsi que le locataire et le commodataire, une autre personne comme propriétaire, et qui n'a pas lui-même de prétention à la propriété, n'a pas, par conséquent, la possession proprement dite: il ne possède que naturellement, il détient, *non possidet, est in possessione*, etc. C'est le nu propriétaire qui possède par lui.

Cependant, de même qu'au droit de propriété répond le fait de possession, en d'autres termes, qu'il y a une possession qui est l'exercice du droit de propriété, n'y aurait-il pas aussi un fait qui répondît au droit d'usufruit, une possession qui fût l'exercice du droit d'usufruit?

Les Romains ont admis effectivement une possession de ce genre.

Mais de même qu'avoir une chose, c'est en avoir la propriété, et que le propriétaire seul, non l'usufruitier, peut dire : Cette chose est mienne (*hæc res est mea*), de même le propriétaire seul, ou celui qui se prétend tel, et non l'usufruitier, peut dire : Je possède cette chose (*rem possidet*, *possessio corporis*). L'usu-

(1) Voy. plus bas une autre acception des mots *naturalis possessio*.

fruitier, à qui appartient, non la chose corporelle, mais un droit, possède, non cette chose corporelle, mais ce droit (*jus possidet, possessio juris*); et comme l'idée de possession, fait matériel, paraissait aux jurisconsultes romains ne pouvoir s'appliquer qu'improprement à un droit, chose incorporelle (1), ils indiquaient cette impropriété, suivant leur usage, par l'addition du mot *quasi*, *quasi possessio* (2).

Après ces notions générales sur le droit d'usufruit et sur la possession qui y correspond, nous allons exposer comment ce droit s'établit. Pour cela, il est indispensable d'indiquer rapidement les modes d'acquisition et de transmission de la propriété; nous verrons ensuite quels sont ceux qui s'appliquent à l'usufruit.

Nous laisserons de côté les modes d'acquisition universels; ils ne sont pas applicables à l'usufruit. En succédant à quelqu'un comme héritier ou comme

---

(1) Paul, *L.* 3, *pr. D., de adq. poss.* : « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia. »

Le même, *L.* 4, § 27, *D., de usurp.* : « Quia nec possideri intelligitur jus incorporale. »

(2) Ulpien, *L.* 3, § 17, *D., de vi.*; *L.* 23, § 2, *D., ex quib. caus. maj.*

Voy. M. de Savigny, *Das Recht des Besitzes*, surtout § 12.

Habituellement *quasi* figure ici comme adverbe, de même que dans les expressions, *obligationes quæ quasi ex contractu*, *quasi ex delicto nascuntur*; mais Gaius paraît l'avoir employé pour former, avec *possessio*, un mot composé, *quasi-possessio*, semblable à nos mots *quasi-contrat*, *quasi-délit*, etc. Voy. *Inst.* IV, 139 : « ... Cùm de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. »

adrogateur, je deviens propriétaire des choses dont il avait la propriété; mais je ne deviens pas usufruitier des choses dont il avait l'usufruit, puisque ce dernier droit s'est éteint par la mort ou la *capitis deminutio* de la personne qui en était investie.

Nous nous attachons aux modes singuliers.

La propriété s'acquiert par la mancipation, par la tradition, par l'usucapion, par la cession juridique (1), par l'adjudication, par la loi (2).

La mancipation (*mancipatio*) se faisait en présence de cinq témoins citoyens romains, pubères, et d'une sixième personne réunissant les mêmes qualités et tenant une balance de cuivre, ce qui lui faisait donner le nom de *libripens*. Celui à qui la propriété allait être transférée, tenant la chose, si elle était mobilière (les immeubles pouvaient être mancipés, même de loin), disait : *Je déclare que cette chose est mienne d'après le droit des Quirites, et je l'ai achetée par ce cuivre et cette balance de cuivre.* En même temps il posait sur la balance un morceau de cuivre qu'il tenait à la main, et il le donnait au propriétaire, de qui il recevait la chose mancipée.

Cette *mancipatio*, qu'on appelait aussi *venditio per*

---

(1) Je demande la permission de traduire ainsi *in jure cessio :* l'adjectif *juridique*, opposé à *judiciaire*, s'applique assez bien à ce qui se passe *in jure*, devant le magistrat *qui jus dicit*, par opposition à ce qui se fait *in judicio*, devant le juge *qui judicat*.

(2) Voy. Ulpien, *Fragm.*, XIX, 2. Conf. Gaius, *Inst.*, II, 18, seq.

æs et libram, était l'image du mode de vente usité chez les anciens Romains : n'ayant pas alors, comme ils eurent plus tard, des monnaies frappées d'une empreinte régulière, propre à garantir la quantité et le titre du métal, ils pesaient les lingots ou les pièces grossières de cuivre qui leur servaient de moyen d'échange (*eorum nummorum vis et potestas non in munero erat, sed in pondere*). C'est en souvenir de cet usage, de peser la monnaie, qu'on avait conservé ce simulacre de pesée, même quand l'aliénation était gratuite.

Voilà ce qu'on entendait par *mancipare, mancipio dare, mancipio accipere* (1).

Ce mode d'aliénation ne pouvait avoir lieu qu'entre les citoyens romains, les Latins coloniaires et juniens, et ceux d'entre les *peregrini* qui avaient été gratifiés du *jus commercii*, c'est-à-dire, du droit de recevoir et de transmettre la propriété par des modes essentiellement romains (2).

Il ne s'appliquait pas à toutes sortes de choses. On distinguait (et cette distinction est à noter comme fondamentale) des choses susceptibles de mancipation, et d'autres qui n'en étaient pas susceptibles (*res mancipi, res nec mancipi* : *mancipi* est la contraction de *mancipii*, génitif de *mancipium*, qui exprime soit le droit qu'on acquiert par la mancipation, soit la mancipation elle-même).

---

(1) Gaius, *Inst.*, I, 119-122.

(2) Ulpien, *Fragm.*, XIX, 4, 5.

Les choses susceptibles de mancipation (*res mancipi*) étaient les fonds de terre situés sur le sol italique, les esclaves, les bêtes de somme ou de trait (*quadrupedes quæ dorso collove domantur*); savoir : les bœufs, les chevaux, les mulets, les ânes.

Toutes les autres choses étaient non susceptibles de mancipation (*res nec mancipi*). Les éléphants et les chameaux, quoiqu'ils puissent être domptés (*quamvis dorso collove domantur*), étaient *res nec mancipi*, parce que, disaient les jurisconsultes, ce sont des animaux sauvages, et non des animaux domestiques (*quoniam ferarum bestiarum numero sunt*), c'est-à-dire, parce que, à l'époque où cette classification s'était établie, ils n'étaient pas employés par les Romains comme animaux domestiques propres à porter ou à traîner.

Les choses incorporelles rentraient aussi dans cette division : les servitudes des fonds rustiques (*jura prædiorum rusticorum*) étaient *res mancipi*; les servitudes des fonds urbains, l'usufruit et l'usage, étaient *res nec mancipi*. Nous en verrons tout à l'heure les conséquences (1).

Si la mancipation, acte éminemment du Droit civil, est un mode d'aliénation propre aux choses *mancipi* (*mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi*), le mode suivant, qui est du Droit des gens, la tradition, est, au contraire, propre aux choses *nec man-*

---

(1) Gaius, *Inst.*, II, 15-23. Ulpien, *Fragm.*, XIX, 1-3.

cipi (*traditio propria est alienatio rerum nec mancipi*) (1).

La tradition est la transmission volontaire de la possession d'une personne à une autre. Livrer une chose (*tradere*), c'est mettre un autre en possession de la chose que l'on possède.

Outre la possession, j'acquiers aussi la propriété de la chose *nec mancipi*, si elle m'est livrée pour une cause qui dénote l'intention de transporter cette propriété, et qui ne soit point réprouvée par le Droit civil (*rerum nec mancipi dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis*); par exemple, si la chose m'est livrée pour cause de vente ou de donation (autre qu'entre époux).

Mais si la chose était livrée par un époux à l'autre pour cause de donation, l'époux donataire n'acquerrait pas la propriété, parce que les donations entre époux sont interdites par le Droit civil, et qu'il ne peut, par conséquent, en résulter aucun droit (2). Il acquerra cependant la possession, parce que c'est un état de fait qu'une prohibition du Droit civil ne peut empêcher (3).

(1) Ulpien, *Fragm.*, XIX, 7.

(2) Ulpien, *L.* 3, § 10, *D.*, *de don. int. vir. et ux.* : « Sciendum est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est. Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet. »

(3) Paul, *L.* 1, § 4, *D.*, *de adq. vel am. poss.* : « Si vir uxori cedat possessione, donationis causa, plerique putant

Si la tradition est faite pour cause de gage, il y a translation de la possession, mais non de la propriété, parce que telle est l'intention qu'exprime le genre de contrat qui est intervenu.

Si elle est faite pour cause de location ou de commodat, il n'y a translation ni de propriété, ni même de possession, parce que l'intention de celui qui livre est de rester propriétaire et même possesseur; et l'intention de celui qui reçoit est d'exercer la possession pour autrui, et non pour lui-même.

De même que la mancipation d'une chose *nec mancipi* n'en transfère pas la propriété, de même la tradition d'une chose *mancipi*, quoique faite *ex justa causa*, n'en transfère pas non plus la propriété. Celui qui reçoit cette chose en devient seulement possesseur; mais il pourra devenir propriétaire si sa possession se prolonge pendant un certain temps; savoir, un an, si la chose est mobilière, et deux ans, si elle est immobilière. On dit alors qu'il l'acquiert par l'usage (*usu capit*).

L'usucapion (*usucapio*) est donc un mode d'acquisition du Droit civil qui place celui à qui une chose *mancipi* a été livrée *ex justa causa* par le propriétaire, au même point où l'aurait placé la tradition elle-même, si la chose eût été *nec mancipi* : il eût été alors propriétaire de la chose *nec mancipi* dès le moment même où sa possession aurait commencé; il ne deviendra

possidere eam, quoniam res facti infirmari jure civili non potest. »

propriétaire de la chose *mancipi* que quand sa possession aura duré un ou deux ans (1).

Sous ce premier point de vue, l'usucapion n'est applicable qu'aux *res mancipi.*

Mais, sous un autre point de vue, elle s'applique tant aux *res nec mancipi* qu'aux *res mancipi.*

Une chose, soit de l'une, soit de l'autre catégorie, est livrée par une personne qui n'en est pas propriétaire, également *ex justa causa*, c'est-à-dire en vertu d'une cause indicative de l'intention d'aliéner et non réprouvée par le Droit civil. Celui à qui la chose est ainsi livrée, évidemment n'en devient pas propriétaire sur-le-champ, même quand la chose est *nec mancipi;* mais il peut en devenir propriétaire par usucapion, en réunissant aux conditions précédemment indiquées, une nouvelle condition, la bonne foi (*bona fides*), qui consiste à avoir cru, au moment où il a reçu la chose, que celui qui la lui livrait en avait la propriété, et pouvait la transférer (2). Il faut encore que

---

(1) Gaius, *Inst.*, II, 40-42.

(2) Gaius, *ibid.*, 43.

Quelques auteurs ne considèrent pas la *justa causa* et la *bona fides* comme deux conditions distinctes (voy., entre autres, M. Du Caurroy, *Institut s expliquees*, t. I, n° 475 et 477; M. Blondeau, *Chrestomathie*, p. 315 et 317). Ils pensent que la *justa causa* n'est qu'un des éléments de la *bona fides*, faisant consister cette bonne foi dans l'opinion du possesseur qui croit être devenu propriétaire.

Je ne puis partager leur opinion, qui me paraît fondée sur une confusion de l'*intention d'aliéner* avec le *pouvoir d'aliéner.*

la chose elle même ne soit pas entachée d'un vice, c'est-à-dire, n'ait point été volée ou occupée par vio-

---

La *bonne foi* est la croyance où est le possesseur, que celui qui lui a livré la chose était propriétaire et pouvait aliéner (*si modo eas bona fide acceperimus, quum crederemus eum qui tradiderit dominum esse*, dit Gaius, *Inst.*, II, 43; *si ab eo emas quem prætor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes*, dit Paul, *L.* 12, *D.*, *de usurp.*). C'est une condition qui n'est exigée que pour la seconde application de l'usucapion, savoir, quand elle est invoquée par la personne qui a reçu la chose *a non domino*.

Au contraire, la *juste cause* qui motive la tradition, et montre qu'elle a eu lieu dans l'intention de transférer la propriété, est une condition requise pour les deux espèces d'usucapion, ainsi que pour l'acquisition immédiate de la propriété sans le secours de l'usucapion (voy. Gaius, *Inst.*, II, 20. Justinien, § 35 et 40, *Inst.*, II, *de div. rer.*; *pr.*, *Inst.*, *de usucap.*). Ainsi il faut que je possède la chose *ex justa causa*, pour que j'en devienne propriétaire, 1° par la possession instantanée, quand une chose *nec mancipi* m'a été livrée par le propriétaire; 2° par la possession prolongée, quand une chose *mancipi* m'a été livrée par le propriétaire; 3° par la même voie, lorsqu'une chose, soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, m'a été livrée par un autre que le propriétaire.

Ce n'est que dans ce troisième cas qu'on exige de moi la *bona fides* ou la croyance que celui qui a livré pouvait aliéner.

Mais si mon erreur porte non-seulement sur le *pouvoir* d'aliéner, mais sur l'*intention d'aliéner*, pourrai-je acquérir par usucapion? En d'autres termes, une *cause putative* peut-elle tenir lieu d'une *cause véritable*?

C'est une question qui partageait les jurisconsultes romains; nous ne pouvons nous arrêter à l'examiner, non plus qu'à indiquer les cas exceptionnels où une *usucapio* dite *lucrativa* avait lieu sans *bona fides*.

Terminons en observant que c'est à celui qui invoque l'usucapion à prouver qu'il possède *ex justa causa*, mais qu'il n'a pas à prouver qu'il est de *bonne foi*; la preuve de sa mauvaise foi est à la charge de son adversaire.

lence, ou qu'elle ait été purgée de ce défaut de *res furtiva vel vi possessa,* par son retour entre les mains du propriétaire (1).

La possession qui réunit toutes les conditions requises pour l'usucapion, est appelée possession civile (*possessio civilis*), parce que l'usucapion est le seul effet que le Droit civil attache à la possession; tous les autres effets sont du droit des gens ou du droit prétorien.

Par opposition à cette *possessio civilis*, on appelle *possessio naturalis* toute possession qui manque de quelques-unes des conditions exigées pour l'usucapion. Cette expression a ici une signification plus étendue que ci-dessus (p. 10 et 11). Elle s'applique, et à celui qui possède à proprement parler, qui possède pour lui-même, *animo domini*, mais qui n'a pas *justa causa* (par exemple, l'époux qui possède une chose donnée par son époux), ou qui n'est pas de bonne foi (qui sait que celui de qui il a reçu la chose n'en était pas propriétaire), et à celui qui ne possède pas à proprement parler, qui détient seulement, qui possède pour un autre (le locataire et le commodataire).

Lors, au contraire, que l'expression de *possessio naturalis* était employée par opposition à *possessio*, elle ne désignait que la possession improprement dite, la détention. On disait *possidet*, de celui qui possède pour soi, *animo domini*, soit qu'il ait la propriété, soit qu'il se trouve en position de l'acquérir par l'usucapion,

(1) Gaius, *ibid.*, 45-51.

soit qu'il ne puisse l'acquérir par le défaut de juste cause ou de bonne foi, ou par le vice de la chose; et *naturaliter possidet*, de celui qui ne possède pas à proprement parler, qui détient seulement, qui est *in possessione*.

L'usucapion est donc un mode d'acquisition de la propriété commun aux choses *mancipi* et *nec mancipi*, tendis que la mancipation était exclusivement propre aux choses *mancipi*, et la tradition, aux choses *nec mancipi* (1).

Un autre mode d'aliénation, qui est également commun aux choses *mancipi* et *nec mancipi*, c'est la cession juridique (*in jure cessio*). On entend par là l'abdication qu'une personne fait de son droit au profit d'une autre, sous la forme d'un acquiescement à la revendication exercée par celle-ci (2).

Primus voulant céder sa chose à Secundus, tous deux se rendent devant le magistrat: là (*in jure*) (3), Secundus, touchant la chose, la revendique dans la forme solennelle de l'ancienne procédure par action de la loi: Je déclare que cette chose est à moi d'après le droit des Quirites; *hanc ego rem ex jure Quiritium*

(1) Ulpien, *Fragm.*, XIX, 8.

(2) Gaius, *Inst.*, II, 24. Ulpien, *Fragm.*, XIX, 9, 10.

(3) Paul, *L.* 11, *D. de just. et jure*: « Jus pluribus modis dicitur..... Alia significatione *jus* dicitur locus in quo jus redditur, appellatione collata ab eo quod fit, in eo ubi fit. Quem locum determinare hoc modo possumus: Ubicumque prætor, salva majestate imperii sui, salvoque more majorum, jus dicere constituit, is locus recte jus appellatur. »

meam esse aio. Le magistrat demande ensuite à Primus s'il revendique de son côté. Si Primus revendiquait aussi, il y aurait procès, et le magistrat renverrait les parties devant un juge qui déciderait à laquelle des deux la chose appartient. Mais les parties étant d'accord, Primus répond qu'il ne revendique pas, ou garde le silence; par conséquent, il cède, recule, se retire, *cedit*. Alors le magistrat déclare que la chose est à Secundus, qui a affirmé en être propriétaire et qui n'a point été contredit par l'autre (*rem addicit* (1) *ei qui vindicavit*). Par là, en paraissant déclarer un droit de propriété préexistant, le magistrat l'attribue, le confère réellement par ce prononcé (*addicit*).

Cette cession juridique se fait ainsi *per tres personas, in jure cedentis, vindicantis, addicentis: in jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor* (2).

Nous venons de voir la propriété transférée *juridiquement, in jure*, par le prononcé du magistrat; nous allons la voir transférée *judiciairement, in judicio*, par le prononcé du juge : c'est le mode qu'on appelle *adjudication* (*adjudicatio*), qui s'applique aussi également aux choses *mancipi* et aux choses *nec mancipi* (3). Trois formules d'action seulement investissent le juge de ce pouvoir : l'action *familiæ erciscundæ*,

---

(1) *Addicere* est proprie idem dicere et approbare dicendo. » (Festus.)

(2) Ulpien, *Fragm.*, XIX, 9, 10.

(3) Ulpien, *Fragm.*, XIX, 16.

en partage d'une succession entre cohéritiers; *communi dividundo*, en partage d'une chose commune entre copropriétaires; *finium regundorum*, en règlement de bornes entre voisins : dans ces trois cas, dès que le juge a adjugé une chose à l'un des cohéritiers, copropriétaires ou voisins, l'adjudicataire en devient propriétaire, et les autres cessent d'y avoir aucun droit (1).

Enfin la propriété est acquise en vertu de la *loi* (*lege*), dans le cas du *legatum per vindicationem*, c'est-à-dire du legs où le testateur, s'adressant directement au légataire, a dit : Je donne et lègue telle chose à Titius, ou que Titius ait, prenne, revendique telle chose (*do, lego fundum Cornelianum Titio*, ou *Titius habeto, sumito, capito, vindicato fundum Cornelianum*).

Le légataire devient alors propriétaire par la vertu de la loi, sans aucun fait de sa part; mais à quel moment? Il y avait à cet égard deux systèmes.

Suivant les Sabiniens, la propriété de la chose léguée est acquise au légataire, même à son insu, dès que l'héritier a fait adition d'hérédité, si le legs n'est pas sous condition, et dès que la condition est accomplie, s'il est conditionnel.

Suivant les Proculiens, pour que la propriété lui soit acquise, dans les deux cas, il faut en outre qu'il ait accepté le legs.

(1) Faut-il que l'instance soit un *judicium legitimum*?... Nous répondrons à cette question en traitant de l'adjudication quant à l'usufruit.

Dans le système des Sabiniens, la chose léguée n'est à personne (*res nullius*) jusqu'à l'adition d'hérédité ; à partir de cet instant-là, elle est à l'héritier jusqu'à l'événement de la condition, moment où elle passe au légataire. Si le legs est fait purement, la propriété n'aura pas résidé un instant sur la tête de l'héritier.

Selon la doctrine des Proculiens, la propriété ne repose jamais sur la tête de l'héritier ; la chose est toujours *res nullius* avant que le légataire ait déclaré qu'il voulait profiter du legs pur ou conditionnel (1).

Le legs *per præceptionem*, par lequel le testateur ordonne au légataire de prélever telle chose : *Titius fundum Cornelianum præcipito*, produisait aussi, suivant les Proculiens, le même effet qu'un legs *per vindicationem* (*præcipito* contenant *capito*), qu'il fût fait à un héritier ou à tout autre ; la propriété était donc ici acquise *lege*.

Mais, suivant les Sabiniens, ce legs ne pouvait être fait qu'à un des héritiers, et n'avait d'autre effet que d'autoriser le juge, qui faisait le partage en vertu de l'action *familiæ erciscundæ*, à adjuger par préciput la chose à l'héritier légataire : la propriété était donc transférée par l'adjudication ; jusque-là, la chose était commune entre les cohéritiers, comme toutes les choses héréditaires (2).

Il en est tout autrement dans le legs *per damnatio-*

(1) Gaius, II, 195, 200.
(2) Gaius, *Inst.*, II, 216-222.

nem, c'est-à-dire, quand le testateur a imposé à son héritier, par forme de condamnation, l'obligation de donner telle chose à un tel : *heres meus damnas* (pour *damnatus*) *esto dare Titio fundum Cornelianum.*

Dans ce cas, le légataire ne devient pas propriétaire de l'objet légué par la vertu de la loi, au moment de l'adition d'hérédité ou de l'acceptation du legs, comme dans le cas du legs *per vindicationem*, et aussi du legs *per præceptionem*, suivant la doctrine des Proculiens ; il ne le deviendra que par la volonté et le fait de l'héritier, lorsque celui-ci, pour exécuter l'obligation qui lui est imposée de *donner*, c'est-à-dire, de transférer la propriété de la chose léguée, en fera la mancipation, la cession juridique ou la tradition, suivant les distinctions exposées plus haut (1).

Si l'héritier n'exécute pas son obligation, le légataire a contre lui une action personnelle, dite *ex testamento.*

Le legs *per damnationem* n'est donc pas un mode de translation de la propriété.

Dites-en autant du legs *sinendi modo,* qui n'est

(1) Gaius, *Inst.*, 204 : « Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur : sed nihilominus heredis est ; ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere heredem sibi dare oportere : et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere, possessionemque tradere debet ; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit ; nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione demum pleno jure fit legatarii. »

qu'un cas particulier du legs *per damnationem*, qui ne crée qu'une obligation personnelle, plus ou moins étendue, suivant les diverses opinions, qui ne donne par conséquent lieu qu'à l'action personnelle *ex testamento* (1).

La propriété est aussi acquise par la seule vertu de la loi, lorsque les lois Julia et Papia Poppæa attribuent à une personne qu'elles favorisent, ou au fisc, la chose qui échappe à celui à qui le défunt l'avait laissée, soit par caducité de la disposition, soit par quelque autre cause de déchéance (*caducum vel ereptorium*) (2).

Tous les modes d'acquisition dont nous venons de parler sont en même temps des modes d'aliénation, de translation de la propriété : l'un perd ce que l'autre acquiert. Il nous reste à dire un mot des modes d'acquisition qui ne contiennent pas de translation.

Celui qui prend possession d'une chose qui n'ap-

(1) Voy. Gaius, *Inst.*, II, 213, 214. — Avant la découverte des Institutes originales de ce jurisconsulte, on pensait assez généralement que la chose léguée *sinendi modo* pouvait être revendiquée ; cette erreur avait été occasionnée par le mot *vindicare*, employé improprement pour *sumere* par le rédacteur peu scrupuleux de l'Épitome du même ouvrage, inséré dans la compilation faite au sixième siècle sous les Visigoths, et connu sous le nom de *Bréviaire d'Alaric*. Voy. cet abrégé, liv. II, tit. 5, § 6, et comparez avec l'original, *l. c.* Cependant Théophile (§ 2, *de legatis*) disait expressément que ce legs donnait lieu, comme le legs *per damnationem*, à l'action *ex testamento*.

(2) Ulpien, *Fragm.*, XIX, 17.

partient à personne, en devient propriétaire : c'est ce que les interprètes appellent *occupation.* C'est un mode d'acquisition tiré du Droit des gens, et qui s'applique, soit aux choses qui n'ont jamais appartenu à personne, comme une pierre précieuse trouvée dans la terre, une bête sauvage prise à la chasse, soit aux choses qui sont réputées n'appartenir à personne, comme les choses prises sur l'ennemi, dont le droit de propriété n'est point reconnu par nous, soit aux choses qui ont eu un maître, mais qui n'en ont plus, comme les choses abandonnées par leur propriétaire (*res pro derelicto habitæ*).

C'est par le même mode d'acquisition que l'ouvrier ou l'artiste devient propriétaire du vase, de la statue, du produit qu'il a fabriqué; car cet objet, ayant pris naissance entre ses mains, n'a jamais eu d'autre maître que lui, quand même la matière employée aurait appartenu à un autre qu'au fabricant : cette matière a cessé d'exister pour son maître par la transformation qui a créé la nouvelle espèce, et celle-ci n'a jamais eu d'autre maître que celui qui l'a formée. Ce mode d'acquisition est appelé par les interprètes *spécification.* Les Sabiniens ne l'admettaient pas, les Proculiens lui donnaient la plus grande extension; d'autres jurisconsultes, dont l'opinion a été adoptée par Justinien, ne l'admettaient que lorsque la matière ne pouvait pas être ramenée à sa première forme.

L'occupation, et la spécification, qui n'en est qu'un cas particulier, ont cela de commun avec la tradition, qu'elles sont du Droit des gens, et que l'acquisition

de la propriété dépend de l'acquisition de la possession : je deviens propriétaire en même temps, et par cela même que je deviens possesseur. Or, nous avons vu que je puis posséder, soit pour moi, soit pour une autre personne. Je puis donc acquérir la possession, et par elle la propriété, soit pour moi, soit pour une autre personne dont je ne suis que l'instrument, l'organe. Au contraire, dans les autres modes d'acquisition, qui sont tous du Droit civil, cette interposition, cette entremise n'est pas possible; chacun acquiert pour soi, s'il est personne indépendante (*sui juris*); pour la personne sous le droit de laquelle il est placé, s'il est personne dépendante (*alieni juris,* c'est-à-dire, *in potestate, patria* ou *dominica, in mancipio, in manu*). Si je veux acquérir la propriété par un de ces modes du Droit civil, pour une personne sous le droit de laquelle je ne suis point placé, je fais un acte inutile et pour elle et pour moi.

La tradition, comme nous l'avons vu, ne confère la propriété avec la possession que sur les choses *nec mancipi;* la tradition des choses *mancipi* ne procure à celui à qui elle est faite que la possession, et la propriété ne lui est acquise que par l'usucapion. Faut-il faire la même distinction pour ces autres modes où l'acquisition de la propriété se rattache pareillement à celle de la possession ?

La question est facile à résoudre, ou plutôt elle ne peut être posée, pour l'occupation des choses qui n'ont appartenu à personne, et pour la spécification : les choses qui en sont l'objet sont toutes *nec mancipi ;*

par conséquent, l'acquisition immédiate du domaine est incontestable.

Mais, quant à l'occupation des choses prises sur l'ennemi, et à celle des choses abandonnées par le propriétaire, la question peut être posée, et sa solution n'est pas sans difficulté. Nous ne la traiterons pas ici, parce que nous ne nous occupons de l'acquisition de la propriété que pour éclaircir ce qui concerne l'acquisition de l'usufruit, et que ces deux modes d'acquisition sont étrangers à ce dernier droit.

La propriété une fois acquise, comment est-elle garantie? Quel moyen a le propriétaire de faire reconnaître son droit?

Ce moyen est l'action réelle (*actio in rem*), appelée revendication de la chose (*rei vindicatio*), quand elle a pour objet une chose corporelle, c'est-à-dire, la propriété de cette chose.

Les formes de cette action ont varié, suivant les époques de la procédure romaine.

A la première époque, celle des actions de la loi (*legis actiones*), la revendication avait lieu par l'*actio sacramenti*. Cette action tirait son nom d'une somme déposée ou promise par chaque plaideur, et qui, perdue pour celui qui succombait, était employée à un usage *sacré*, plus tard, à un usage public. Ce n'est pas ici le lieu de décrire en détail les formalités de cette action; nous nous bornerons à dire que chaque plaideur, saisissant l'objet, qui devait être présent en totalité ou par fraction, par exemple, saisissant l'es-

clave litigieux ou la motte détachée du champ litigieux, disait : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio..... ecce..... vindictam imposui.* « Je déclare, j'affirme que cette chose est à moi d'après « le droit des Quirites,..... et j'ai imposé la vindicte. » En prononçant ces paroles, il touchait la chose revendiquée avec une baguette qu'il tenait à la main, et qui s'appelait *vindicta ;* cette baguette représentait la pique du soldat romain, laquelle était le symbole du droit de propriété (*festuca..... quasi hastæ loco, signo quodam justi domini*). Le magistrat, comme s'il intervenait pour faire cesser un combat, disait: « *Mittite ambo hominem*, lâchez tous « les deux l'esclave »; et après quelques autres formalités, il attribuait la possession provisoire de la chose, jusqu'à la décision du procès, à l'un ou à l'autre (*secundum alterum eorum vindicias dicebat*), et lui ordondonnait de donner caution à son adversaire pour assurer la restitution de la chose et des émoluments qu'il retirerait de cette possession intérimaire, *prædes litis et vindiciarum*, c'est-à-dire, *rei et fructuum*, de la chose litigieuse et de ses fruits. Chacun donnait au magistrat d'autres cautions pour la somme que le perdant devait payer (*prædes sacramenti*).

Cette manière de procéder survécut à l'abolition des *actions de la loi ;* elle continua d'être employée dans les procès qui devaient être jugés par les centumvirs. Hors de là, on procédait par *formules d'actions.* Pour les actions réelles, deux formes étaient en usage : *per sponsionem*, et *per formulam petitoriam.* Elles ont cela

de commun, que le demandeur (du moins quand il s'agit du droit de propriété) est toujours celui qui ne possède pas la chose, et le défendeur celui qui la possède.

Si la possesion même est en question, le magistrat rend un interdit qui ouvre un autre procès distinct du procès en revendication, tandisque, dans les actions de la loi, le magistrat, en attribuant la possession intérimaire (*vindicias*), déterminait le défendeur. Cet interdit est l'*interdictum uti possidetis*, s'il s'agit d'un immeuble; l'*interdictum utrubi*, s'il s'agit d'un meuble. Le plaideur qui obtient gain de cause est celui qui est reconnu avoir eu une possession qui ne soit ni violente ni clandestine, ni précaire à l'égard de son adversaire, quelque caractère qu'elle ait d'ailleurs à l'égard de toute autre personne qui n'est pas en cause. Pour les immeubles, il suffit d'avoir eu cette possession au moment où l'interdit a été donné; pour les meubles, il faut l'avoir eue plus longtemps que l'adversaire pendant la dernière année.

Le possesseur, une fois déterminé, jouera le rôle de défendeur dans l'action réelle, qui, comme nous l'avons dit, se présente *per sponsionem*, ou *per formulam petitoriam.*

1° On agit *per sponsionem*, lorsque celui qui se prétend propriétaire fait avec son adversaire, possesseur de la chose litigieuse, une espèce de gageure, en stipulant de lui en ces termes : *Si homo de quo agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes ?* « Promettez-vous vingt-cinq sesterces, si l'homme « dont il s'agit est à moi d'après le droit des Quirites ? »

En vertu de cette stipulation, appelée *sponsio* d'après le verbe employé, le stipulant se faisait donner par le magistrat une formule où la question posée au juge (*intentio*) était de savoir si le défendeur devait lui donner la somme comprise dans la *sponsio:* or, cette somme n'étant promise que sous la condition si la chose (l'esclave, par ex.) appartient au demandeur, la question n'était résolue en sa faveur qu'autant qu'il prouvait que cette chose était sienne. Cette somme n'était pas exigée ; car cette stipulation n'était pas *pénale*, mais *préjudicielle*, c'est-à-dire, qu'elle intervenait non pour punir le défendeur s'il avait tort, mais pour donner lieu de juger, à l'occasion d'une question d'obligation, la question de propriété.

Le défendeur devait donner au demandeur caution de lui restituer, s'il succombait, la chose et les fruits, caution qu'on appelait *stipulatio pro prœde litis et vindiciarum*, parce qu'elle tenait la place des *prœdes litis et vindiciarum*, que fournissait, dans la procédure des actions de la loi, le plaideur à qui le magistrat accordait la possession provisoire (*vindicias*).

Cette procédure *per sponsionem* rappelle l'*actio legis sacramenti*, qui lui a servi de modèle. Nous avons peu de renseignements sur ce qui se passait devant le juge et sur les pouvoirs de celui-ci dans cette manière de procéder, qui, encore en usage du temps de Gaius, concurremment avec la procédure *per formulam petitoriam*, que nous allons décrire, paraît avoir été enfin supplantée par celle-ci.

2° On procède *per formulam petitoriam*, quand

celui qui se prétend propriétaire d'une chsoe, se fait donner contre le possesseur de cette chose, une formule d'action ainsi conçue : *Lucius Octavius judex esto. Si paret fundum Cornelianum, quo de agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus arbitrio tuo Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito :* « S'il appert que le « fonds Cornélien dont il s'agit, appartient à Aulus « Agerius selon le droit des Quirites, et qu'il ne soit « point restitué à Aulus Agérius d'après votre arbi- « trage, condamnez Numérius Négidius envers Aulus « Agérius à autant d'argent que cette chose vaudra; si « cela n'appert pas, absolvez-le. »

Il fallait que le possesseur, devant le magistrat, donnât à son adversaire la caution dite *judicatum solvi,* c'est-à-dire, que le montant de la condamnation serait payé. S'il refusait de donner cette caution (1), le demandeur obtenait du magistrat l'interdit *quem fundum,* par lequel il était ordonné au possesseur de transférer la possession à son adversaire. L'exécution volontaire ou forcée de cet interdit donnait à celui-ci l'avantage d'être dispensé d'agir et de prouver sa propriété : il pouvait, dès lors, attendre que l'autre prît l'offensive et fît ses preuves (2).

(1) Le refus de la caution *pro prœde litis et vindiciarum* avait sans doute la même conséquence.

(2) Cet interdit nous est connu par un fragment d'Ulpien nouvellement découvert à Vienne.

Voy. *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1836,

Si la caution *judicatum solvi* est donnée, les plaideurs vont devant le juge, qui, se conformant à la formule pétitoire ci-dessus rapportée, examine si la chose appartient au demandeur. Si, d'après les preuves apportées par le demandeur, le juge n'est pas convaincu qu'il soit propriétaire, il absout le défendeur. S'il reconnaît que le demandeur est propriétaire, il le déclare et ordonne au défendeur de restituer la chose. Cette restitution, pour être complète, doit comprendre les fruits (au moins à partir de la *litiscontestatio*, c'est-à-dire, du moment où le magistrat a donné la formule) et les autres accessoires (*fructus et causa*). Elle doit mettre le demandeur dans la même position où il se serait trouvé, si la chose lui avait été rendue au moment de la *litiscontestatio*. En conséquence, si l'usucapion, qui n'est point interrompue par l'action exercée, s'est accomplie au profit du défendeur, il faut que celui-ci ne se contente pas de remettre le demandeur en possession, mais qu'il lui transfère la pro-

---

t. IX, cah. 1, p. 1, et *Revue de législation et de jurisprudence*, 1836, t. IV, 6e liv., p. 411.

En voici le texte :

« *Sunt etiam interdicta tam* adipiscendæ quam reciperandæ possessionis ; qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem ; nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem. »

Ce texte, pour le dire en passant, fournit l'interprétation de la *L.* 2, § 3, *in f.*, *D.*, *de interdictis*, que Cujas désespérait d'expliquer sans correction.

priété par un des modes indiqués plus haut, et lui cède les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de cette chose, depuis qu'il en est propriétaire (par exemple : l'*actio furti*, l'*actio legis Aquiliæ*). Cette restitution, complète en apparence, pourrait être, plus tard, reconnue insuffisante ou même illusoire, soit à cause des dégradations, des altérations que le défendeur aurait commises, soit par suite de l'aliénation totale ou partielle, des constitutions d'usufruit, de servitudes, d'hypothèques qu'il a pu faire, depuis que l'usucapion l'a rendu propriétaire, et qu'il n'est plus en son pouvoir de faire évanouir en rendant la chose : aussi le défendeur doit donner la caution *de dolo*, qui assure au demandeur une indemnité pour tout le préjudice que le défendeur aurait pu lui causer par son dol.

Si la restitution faite volontairement par le défendeur, sur l'ordre du juge, et d'après son arbitrage (*jussu, arbitrio judicis*), est estimée suffisante, le juge l'absout.

S'il refuse de restituer, le juge peut lui faire enlever la chose, et faire remettre le demandeur en possession, de force, par les appariteurs ou huissiers (*manu militari, manu ministrorum*) ; cette restitution forcée amène également l'absolution du défendeur.

Quand la restitution volontaire ou forcée est incomplète, la condamnation a lieu pour indemniser le demandeur de ce qui y manque.

Si le défendeur demande un délai pour restituer la chose, et que le juge estime que cette demande est faite de bonne foi, et non dans une intention frustra-

toire, le défendeur donnera caution de payer l'estimation de la chose, s'il ne restitue pas dans le délai accordé : cette caution donnée, il sera absous.

Lorsque, sur le refus du défendeur, la restitution forcée n'est pas demandée, ou lorsque cette restitution est impossible par le dol du défendeur qui s'est privé de la possession exprès (*dolo fecit quominus possideret*), ou qui s'est donné comme possesseur, et s'est ainsi offert au procès (*liti se obtulit*), dans l'intention, par exemple, de donner au véritable possesseur la facilité d'achever l'usucapion; en un mot, quand le défaut de restitution résulte du dol du défendeur, celui-ci est condamné à payer les dommages-intérêts fixés par la déclaration assermentée du demandeur (*quanti actor in litem* (1) *juraverit*), avec ou sans *maximum* fixé par le juge (*cum taxatione* ou *in infinitum*).

Que si le défendeur a cessé de posséder, non par son dol, mais par sa faute, il est condamné à la juste valeur de la chose, telle que le juge l'estime lui-même (*quanti judex litem æstimaverit*).

Le défendeur qui aurait perdu la possession sans son dol et sans sa faute serait absous.

Telle est la manière dont se vide le procès sur la propriété, quand il est soumis au juge par la formule pétitoire : l'action est dite alors *arbitraire* (*actio arbitraria*),

---

(1) *Jusjurandum in litem*, sous-entendez *æstimandam*, serment pour estimer l'objet du procès.

et le juge est appelé *arbitre* (*arbiter*), parce qu'il ne doit pas, comme dans une autre action, prononcer la condamnation du défendeur dès qu'il a reconnu que la prétention (*intentio*) du demandeur est prouvée; il ne doit condamner le défendeur qu'autant qu'après avoir déclaré la prétention du demandeur fondée, et ordonné au défendeur de lui fournir telle satisfaction qu'il a arbitrée, il voit que le défendeur n'obéit pas à cet ordre, ne satisfait pas à cet arbitrage (*possessor restituere jussus, arbitrio non paret*).

Nous venons de dire que le droit civil garantit par une action réelle la propriété une fois acquise, sans distinguer si elle l'a été par un mode du droit civil ou par un mode du droit des gens. « In rem actio com« petit, dit Paul (1), ei qui aut jure gentium, aut jure « civili dominium adquisivit. »

Quelques auteurs ont pensé que l'action réelle du droit civil (*actio in rem civilis*) ne pouvait compéter à celui qui avait acquis par un mode du droit des gens, par exemple, à celui qui avait acquis par tradition une chose *nec mancipi;* ils trouvent une contradiction entre avoir acquis *ex jure gentium*, et dire : *res est mea ex jure Quiritium*. Il y en a même qui pensent qu'une chose *nec mancipi* ne peut pas appartenir à quelqu'un *ex jure Quiritium*. En conséquence, ceux-là (2) supposent que le texte de Paul précité a souf-

(1) *L.* 23, *D.*, *de rei vind.*

(2) Par ex., M. Du Caurroy, qui dit (*Inst. expl.*, n° 1166, t. III, p. 209, 5e éd.) : « S'il est certain, comme je le crois, que

fert une interpolation; ceux-ci, qu'il y avait pour les choses *nec mancipi* une revendication du droit des gens où l'on disait : *si paret rem esse A. Agerii*, sans ajouter *ex jure Quiritium*.

Cette dernière opinion me paraît tout-à-fait inconciliable avec les textes où Gaius (1) et Ulpien (2) admettent qu'une chose *nec mancipi*, telle que du blé, du vin, peut appartenir à quelqu'un *ex jure Quiritium*, et avec ceux qui déclarent que la cession juridique s'applique aux choses *nec mancipi*, comme aux choses *mancipi* (3); car les paroles solennelles de la *cessio in jure*, qui sont celles de l'ancienne action de la loi, sont toujours : *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio*.

Je ne puis approuver davantage la première opinion, qui admet bien qu'une chose *nec mancipi* est susceptible du *dominium ex jure Quiritium*, mais qui

---

la revendication s'appliquait exclusivement au domaine quiritaire, le texte de Paul (*fr.* 23, *de rei vind.*), qui étend cette action aux choses acquises par le droit des gens, a été altéré en passant dans les Pandectes. » Cet auteur admet pourtant que la propriété d'une chose *nec mancipi* est acquise par la *tradition*; il est vrai qu'il croit (n° 455, t. I, p. 361) que la tradition, qui est un mode d'acquisition *du droit des gens*, *est également* un mode *du droit civil!*.... Mais alors à quels modes d'acquisition s'appliquera son observation? Sera-ce seulement à l'occupation, à la spécification?.... L'inventeur, le fabricant d'une chose *nec mancipi*, ne serait donc pas propriétaire de la même manière que celui qui l'a acquise par tradition?... Cela me paraît difficile à supposer. Voy. Gaius, *Inst.*, II, 65, 66, 79.

(1) *Inst.*, II, 196.

(2) *Fragm.*, XXIV, 7.

(3) Voy. surtout Ulpien, *l. c.*, XIX, 9.

n'admet pas qu'il soit acquis par un mode du droit des gens. Elle se concilierait difficilement avec le passage où Ulpien (1) met sur la même ligne l'acquisition d'une chose *mancipi* par mancipation, d'une chose *nec mancipi* par tradition, d'une chose de l'une ou l'autre catégorie par cession juridique, adjudication, legs, etc., et avec celui où Gaius (2) parle en termes identiques de l'aliénation d'après le droit des gens, et de l'aliénation d'après le droit civil. D'ailleurs, si la chose *nec mancipi* n'appartenait pas immédiatement *ex jure Quiritium* à celui qui l'a acquise par tradition, il faudrait donc qu'il la possédât le temps requis pour l'usucapion; cela nous fournirait donc un nouvel effet de l'usucapion, dont il n'y aurait nulle trace dans les textes, celui de convertir le *dominium ex jure gen-*

---

(1) *Fragm.*, XIX, 2, 3, 7, 16, 17 : « Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.

« Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi....

« Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi......

« In jure cessio communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi.....

« Adjudicatione dominia nanciscimur.... Si judex uni.... rem adjudicaverit, statim illi adquiritur, sive mancipi, sive nec mancipi sit....

« Lege nobis adquiritur, velut.... legatum.... sive mancipi res sint, sive nec mancipi. »

(2) *Inst.*, II, 65 : « Ex his quæ diximus apparet, quædam naturali jure alienari, qualia sunt ea quæ traditione alienantur; quædam civili, nam mancipationis, et in jure cessionis, et usucapionis jus proprium est civium romanorum. » Ajoutez, *id.*, *ib.*, 66, 79.

tium d'une chose *nec mancipi* en *dominium ex jure Quiritium;* de manière que l'usucapion serait utile à celui à qui une chose *nec mancipi* est livrée, que la tradition soit faite *a domino* ou *a non domino;* et cependant ce n'est que pour une chose *mancipi* que les textes exigent l'usucapion, afin qu'elle appartienne *ex jure Quiritium* à celui à qui elle a été livrée par le propriétaire, et qui jusque-là a seulement cette chose *in bonis* (1).

Reconnaissons donc que celui qui a acquis par mancipation une chose *mancipi*, et celui qui a acquis par tradition une chose *nec mancipi*, la revendiquent également comme leur appartenant d'après le droit des Quirites (*si paret rem esse A. Agerii ex jure Quiritium*).

Mais celui qui a reçu par tradition une chose *mancipi*, ne peut pas, jusqu'à l'usucapion accomplie, la prétendre sienne *ex jure Quiritium.*

Cependant le droit prétorien vient à son secours, en lui accordant une action réelle, à l'imitation de l'action réelle par formule pétitoire du droit civil. Cette action est qualifiée de *fictitia*, parce qu'elle contient une fiction. Le juge est chargé d'examiner, non pas si le demandeur *est* actuellement propriétaire, mais s'il le *serait* en supposant qu'il eût possédé la chose pendant un an ou deux ans, temps requis pour l'usucapion : *Si quem hominem A. Agerius emit, quique ei traditus est, anno possedisset, tum*

---

(1) Voy. Gaius, *Inst.*, II, 41.

si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, neque is homo arbitrio tuo restituetur, quanti ea res erit N. Negidium A. Agerio condemna, etc. « Si vous reconnaissez que l'esclave qu'A. « Agérius a acheté, et qui lui a été livré, lui appartien- « drait selon le droit des Quirites, dans le cas où il « l'aurait possédé un an, et qu'il ne lui soit pas resti- « tué d'après votre arbitrage, condamnez N. Négidius « envers A. Agérius à la valeur de cette chose, etc. » Cette action est appelée *Publiciana*, du nom du préteur qui l'a imaginée. Elle est donnée à celui qui réunit toutes les conditions requises pour l'usucapion, sauf le temps, et le droit prétorien lui assure ainsi par anticipation la protection que le droit civil ne lui aurait accordée que plus tard après le délai de l'usucapion expiré.

Cette action compète donc aussi à celui qui a reçu, de bonne foi, par tradition, de quelqu'un qui n'était pas propriétaire, une chose soit *mancipi*, soit *nec mancipi*, et qui en a perdu la possession avant d'avoir accompli l'usucapion (1).

La condamnation du défendeur dépendant de la solution affirmative de cette question : le demandeur serait-il propriétaire si sa possession eût duré un an (ou deux ans) ? il est clair que le propriétaire lui-même,

(1) Quelques auteurs modernes pensent que l'action publicienne ne s'applique qu'à ce dernier cas ; ils attribuent à celui qui a reçu par tradition une chose *mancipi* du propriétaire, l'action directe *in rem per formulam petitoriam*, parce qu'ils supposent, à tort, que son *intentio* ne contenait pas les mots *ex jure Quiritium*.

actionné par la publicienne, sera condamné, puisque cette question peut être résolue affirmativement, quel que soit le possesseur actuel. Pour échapper à cette condamnation, il doit faire modifier la formule par l'exception: *si ea res possessoris non sit;* alors, pour que le juge puisse ordonner au défendeur de restituer la chose et le condamner à défaut de restitution, il faudra, non plus seulement qu'il ait reconnu que la chose *serait* au demandeur si sa possession eût duré un an, mais qu'il ait reconnu aussi qu'elle n'*est* pas actuellement au défendeur qui la possède.

Cependant cette exception dite *justi dominii* amènerait un résultat inique, si le propriétaire qui la fait valoir avait lui-même vendu et livré la chose à son adversaire, ou était héritier du vendeur, puisque, lui devant garantie de l'éviction, il ne doit pas l'évincer lui-même. Aussi dans ce cas le demandeur fera-t-il ajouter à la formule, à la suite de l'exception, la réplique: *at si non eam rem possessor*(ou *possessoris auctor*) *vendiderit et tradiderit;* ce qui oblige le juge à ne tenir compte au défendeur de sa qualité de propriétaire, qu'autant qu'il ne serait pas garant comme vendeur ou héritier du vendeur. Le demandeur peut employer aussi la réplique *doli mali*, puisqu'il y a dol de la part du défendeur à argumenter ici de sa qualité de propriétaire.

Cette *replicatio rei venditæ et traditæ*, ou *doli mali*, paralysera toujours l'*exceptio dominii*, quand l'action publicienne sera exercée par celui à qui le propriétaire même a livré une chose *mancipi;* lorsqu'elle sera exercée, au contraire, par quelqu'un qui a reçu de bonne

foi, d'un non-propriétaire, une chose *mancipi* ou *nec mancipi*, cette *replicatio* n'aura lieu qu'autant que le vendeur aurait succédé au propriétaire, ou réciproquement.

En sens inverse, si le propriétaire se fait donner la revendication (*actio in rem civilis*) contre le possesseur qui est en train d'arriver à l'usucapion, celui-ci lui opposera l'exception *rei venditæ et traditæ*, s'il tient la chose de lui ou de son auteur.

Toutes les fois qu'une personne en position d'acquérir par usucapion peut repousser la revendication civile du propriétaire par l'exception *rei venditæ et traditæ*, ou paralyser, par la réplique de même nom, l'exception *dominii* que le propriétaire opposerait à sa revendication prétorienne, on dit que cette personne a la chose dans ses biens, *in bonis;* car, quoiqu'elle n'ait pas le *dominium ex jure Quiritium*, elle en a tous les avantages; le *nudum jus Quiritium* qui reste au propriétaire jusqu'à ce que l'usucapion le lui enlève, pour le transférer à la personne qui a la chose *in bonis*, est, comme l'expression l'annonce, un droit nu, dépouillé de toute utilité, et presque sans aucun effet (1).

Au contraire, la personne qui, étant, du reste, dans les conditions de l'usucapion, ne peut invoquer cette exception, qui, par conséquent, ne peut repousser la

(1) On ne lui connait, indépendamment de l'*actio civilis in rem* et de l'*exceptio dominii*, qui du reste seront paralysées par l'exception ou la réplique de garantie, d'autre effet que de modifier le pouvoir d'affranchir l'esclave et les conséquences de l'affranchissement. Voy. Gaius, *Inst.*, 1, 167; Ulpien, *Fragm.*, 1, 16; XI, 19.

revendication du propriétaire, ni exercer efficacement l'action publicienne, cette personne n'a pas la chose *in bonis*. Ainsi la chose *mancipi*, livrée par le propriétaire, est toujours *in bonis* de celui qui l'a reçue; tandis que la chose *mancipi* ou *nec mancipi*, livrée *a non domino*, n'est pas *in bonis* de celui qui l'a reçue même de bonne foi, à moins que celui qui l'a livrée ne soit devenu héritier du propriétaire, ou réciproquement; car on peut dire alors que le possesseur l'a *in bonis* (1).

En terminant cet aperçu rapide touchant les modes d'acquisition et de garantie du droit de propriété, il nous reste une observation importante à faire.

Nous avons dit que la mancipation est un mode d'aliénation propre aux choses *mancipi*, que la tradition est un mode d'aliénation propre aux choses *nec mancipi*, que l'usucapion et la cession juridique sont des modes communs aux unes et aux autres. Cependant les fonds provinciaux, qui sont *res nec mancipi*, sont, à la vérité, susceptibles de tradition (2); mais ni l'usucapion (3) ni la cession juridique (4) ne leur sont applicables.

D'où vient cette bizarrerie?

C'est que les fonds provinciaux n'étaient pas susceptibles de propriété privée dans les principes du

(1) Voy. Ulpien, *L.*, 4, § 32, *D.*, *de doli et met. except.*

(2) Gaius, *Inst.*, II, 21.

(3) Gaius, *Inst.*, II, 46.

(4) Gaius, *Inst.*, II, 31.

droit civil (*dominium ex jure Quiritium*) : le domaine en appartenait au peuple romain ou à l'empereur; les particuliers n'en avaient que la possession et la jouissance. « In provinciali solo (dit Gaius, *Inst.* II, 7) do« minium populi romani est, vel Cæsaris, nos autem « possessionem tantum et usumfructum habere vide« mur. » Théophile (*Paraphr.* § 40. *I. de rer. div.*) dit aussi que les particuliers n'avaient pas la propriété de ces fonds, mais la jouissance et la possession très-pleine, et ajoute qu'ils pouvaient les transférer à d'autres, et les transmettre à leurs héritiers. Les possesseurs étaient soumis à une redevance annuelle qui, suivant que la province était au peuple ou à l'empereur, se payait au trésor public (*ærarium*), et s'appelait *stipendium*, ou à la caisse impériale (*fiscus*), et s'appelait *tributum*; d'où la distinction des fonds stipendiaires et tributaires, indifférente, du reste, pour le droit privé (1).

Puisque ces fonds provinciaux ne pouvaient être pour les particuliers l'objet du *dominium ex jure Quiritium*, il s'ensuit qu'ils ne pouvaient être cédés juridiquement; car on ne pouvait dire : *hoc ego prædium ex jure Quiritium meum esse aio.*

Ils ne pouvaient non plus être acquis par usucapion.

---

(1) Gaius, *ib.*, 21 : « .....Provincialia prædia, quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea quæ in his provinciis sunt quæ propriæ populi Romani esse intelliguntur. Tributaria sunt ea quæ in his provinciis sunt quæ propriæ Cæsaris esse creduntur. »

Ces fonds n'étaient donc pas *in commercio*, dans le sens rigoureux du mot (1).

Il faut excepter ceux qui étaient situés dans le territoire des cités qui jouissaient du *jus italicum*. Un des effets de ce droit était de rendre applicables, au sol qui leur appartenait, le *dominium ex jure Quiritium*, et les modes d'acquisition et de garantie éminemment propres au droit civil : la mancipation, la cession juridique, l'usucapion, la revendication (2).

Sauf cette exception, les fonds situés dans les provinces, n'étant pas susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, n'étaient pas susceptibles, par conséquent, des modes d'acquisition et de garantie du *dominium*.

S'ils étaient susceptibles de tradition, c'est que la tradition, il ne faut pas l'oublier, a pour effet immédiat de transférer la possession, et pour effet médiat de transférer la propriété, quand cela se peut ; car cet effet secondaire de la tradition n'accompagne pas toujours le premier. Celui à qui un fonds provincial avait été livré en acquérait donc la possession : rien ne s'y opposait; mais non la propriété,

---

(1) Dans le même sens dans lequel Ulpien, *Fragm.*, XIX, 4, dit : « Mancipatio locum habet inter cives romanos, et latinos colonarios, latinosque junianos, eosque peregrinos *quibus commercium datum est.* » Il faut donc, pour que la mancipation puisse produire son effet, que les personnes qui y procèdent aient le *commercium*, et que la chose qui en est l'objet soit *in commercio*.

(2) Voy. une dissertation de M. de Savigny sur le *jus italicum*, *Zeitschrift für die Geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. v, 1825, p. 256.

puisqu'elle ne pouvait appartenir à un particulier.

Les fonds provinciaux ont cela de commun avec les objets mobiliers autres que les esclaves et les bêtes de somme et de trait, qu'ils ne sont pas plus qu'eux susceptibles de mancipation : aussi forment-ils avec eux la classe des *res nec mancipi.* Mais il y a entre eux cette différence, que les meubles *nec mancipi* sont susceptibles d'être *in dominio ex jure Quiritium*, et y passent, non-seulement par la cession juridique, l'usucapion, modes du droit civil, mais encore par un mode plus simple, du droit des gens, la tradition, qui remplace pour eux la mancipation, et restreint à leur égard l'emploi de l'usucapion ; tandis que les immeubles *nec mancipi* ne peuvent pas être *in dominio ex jure Quiritium*, et par conséquent ne sont pas plus susceptibles de cession juridique et d'usucapion que de mancipation. Ils sont susceptibles de tradition, mais la tradition ne conférera pas le *dominium* en même temps que la *possessio*, comme pour les choses mobilières *nec mancipi*, mais simplement la *possessio.*

Cependant cette possession, à laquelle les principes rigoureux du droit civil refusaient le titre de propriété, a fini par être garantie par une action réelle, puisque nous trouvons que celui qui est entré de bonne foi en possession d'un fonds provincial, livré par un autre que le propriétaire, quoiqu'il ne puisse pas l'acquérir par usucapion, peut, après l'avoir possédé pendant 10 ans ou 20 ans, opposer à l'action du propriétaire, un moyen de défense appelé *longi temporis*

præscriptio (1), et même, peut-être, le revendiquer lui-même s'il en perdait la possession (2). Cela montre que, si les fonds provinciaux n'étaient pas susceptibles de *dominium ex jure Quiritium*, comme les autres choses *nec mancipi*, on reconnaissait cependant un *dominus*, ayant une action réelle, qui devenait inefficace contre celui qui avait possédé *longo tempore*, et passait même à ce dernier, quoiqu'on ne regardât pas cette prescription comme une manière d'acquérir. Quelle était cette action réelle? en quoi différait-elle, soit de *l'actio in rem civilis*, soit de *l'actio in rem Publiciana?* C'est ce qu'il est impossible d'éclaircir avec le peu de documents qui nous restent sur ce point.

Avant l'introduction de cette action réelle, la possession des fonds provinciaux paraît n'avoir été protégée que par des interdits. Les interdits (*interdicta*) étaient des formules par lesquelles le préteur ou le président de province ordonnait ou défendait certains actes. Cet ordre ou cette défense ne terminait pas l'affaire; mais les parties contendantes étaient renvoyées devant un juge avec une ou plusieurs formules, qui lui soumettaient la question de savoir si l'une d'elles avait contrevenu à l'interdit, en ne faisant pas ce qu'il avait ordonné, ou en faisant ce qu'il avait défendu, et lui enjoignaient de prononcer, en conséquence, une ou plusieurs condamnations.

Le magistrat employait cette voie dans les cas où

---

(1) *Passim.*
(2) Justinien, *L.*, 8, *pr.*, *C.*, *de præscript. trig. ann.*

il n'existait pas un droit dont la violation donnât lieu à une action : à défaut d'une règle générale posée par le droit civil, le préteur établissait, par l'interdit, une règle particulière, pour la circonstance actuelle, en ordonnant ou en défendant tel ou tel acte aux parties, et donnait ensuite des formules pour en réprimer la violation.

Plus tard, les magistrats ne se contentèrent pas d'émettre ainsi des commandements individuels, selon le besoin présent (*interdicta, dicta inter duos*); ils publièrent des règles générales et pour l'avenir (*edicta*), en promettant une action *in factum* contre les infracteurs; mais ils continuèrent de prononcer des interdits dans les matières où ce mode de procédure était employé, et annoncèrent dans leur édit qu'ils donneraient dans telle hypothèse tel interdit.

Tel était le cas de la possession. Cet état de fait n'était point protégé par le droit civil; mais le magistrat, qui, par les attributions de sa charge, devait empêcher les rixes, interposait son autorité pour garantir le possesseur contre les voies de fait, en défendant de troubler sa possession par la violence, ou en ordonnant de la lui restituer, s'il l'avait perdue. Deux sortes d'interdits étaient donnés à cet effet : des interdits conservatoires (*retinendæ possessionis*), des interdits récupératoires (*recuperandæ possessionis*).

Les interdits conservatoires étaient accordés au possesseur troublé dans sa possession.

C'était, pour les immeubles, l'interdit *uti possidetis*, ainsi conçu : *Uti eas ædes, quibus de agitur, nec vi,*

nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto : « Je défends de « troubler par violence celui d'entre vous qui a, de la « maison dont il s'agit, une possession qui ne soit ni « violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de son « adversaire. »

C'était, pour les meubles, l'interdit *utrubi*, ainsi conçu : *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto :* « Je défends d'empêcher par violence celui d'entre « vous chez qui l'esclave dont il s'agit aura été la plus « grande partie de l'année, d'emmener ce même es- « clave. » Nous avons parlé plus haut (p. 31) des caractères et des conditions de la possession dans ces deux interdits.

Les interdits restitutoires étaient donnés à ceux qui avaient perdu la possession, et qui voulaient la recouvrer.

Expulsé par violence, le ci-devant possesseur d'un immeuble obtenait l'interdit *unde vi*, dans lequel le préteur disait, en s'adressant à l'auteur de la violence : *Unde tu illum vi dejecisti, eum fundum illi restituas* : « Restituez à un tel le fonds d'où vous l'avez chassé « par violence. » Il fallait que la possession perdue fût exempte des trois vices (*vi, clam, precario ab adversario*), à moins que la violence n'eût été exercée avec armes ou attroupement.

Le possesseur d'un meuble qui en perdait la possession par violence n'avait pas d'interdit récupératoire particulier; il trouvait une garantie suffisante

dans les actions *furti, vi bonorum raptorum* et *ad exhibendum* (1). On peut ajouter que l'interdit conservatoire *utrubi* pouvait le plus souvent tenir lieu d'un interdit récupératoire, puisqu'on y donnait gain de cause, non pas à celui qui possédait au moment de l'interdit, mais à celui qui, pendant la dernière année, avait possédé le plus longtemps sans violence, clandestinité, ni précaire.

Celui qui avait perdu la possession d'un fonds, parce qu'un autre s'en était emparé clandestinement, avait anciennement un interdit récupératoire dit *de clandestina possessione*, qui paraît être tombé en désuétude, parce qu'on finit par admettre que le précédent possesseur devait être considéré comme possédant encore, et pouvant, par conséquent, invoquer l'interdit *uti possidetis*.

Lorsque le possesseur a transféré la possession à un autre, sur la prière de celui-ci, mais sans se soumettre à la lui laisser un certain temps, si le concessionnaire devenu possesseur refuse de restituer la possession à la première réquisition du concédant, celui-ci a l'interdit *de precario*, ainsi conçu : *Quod precario ab illo habes,... id illi restituas* : « Restituez à un « tel ce que vous avez par suite de la concession pré- « caire qu'il vous a faite. »

Les interdits *retinendæ possessionis* étaient doubles (*duplicia*); les interdits *recuperandæ possessionis* étaient simples (*simplicia*), c'est-à-dire que, dans les premiers,

(1) Voy. Ulpien, *L.* 1, § 6, *D.*, *de vi.*

le magistrat adressant la parole aux deux contendants, tous les deux jouaient également le double rôle de demandeur et de défendeur, tandis que, dans les derniers, la personne à qui le préteur adressait son injonction était défenderesse, l'autre demanderesse.

Ce n'est pas ici le lieu de décrire en détail la procédure assez compliquée de ces interdits; il suffira, pour notre objet, de faire les remarques suivantes :

L'instance judiciaire qui suivait les interdits récupératoires (comme tous les autres interdits restitutoires, et tous les exhibitoires) pouvait s'ouvrir de deux manières : 1° *per formulam arbitrariam,* qui donnait au juge un pouvoir semblable à celui dont il serait saisi par la formule pétitoire de la revendication (1), qui est aussi une formule arbitraire; 2° *per sponsionem et restipulationem*, et alors la procédure prend une marche analogue à celle de la revendication *per sponsionem*, mais avec cette différence, entre autres, que la somme promise de part et d'autre, est exigée réellement; car la *sponsio* est pénale, ainsi que la *restipulatio*, comme la promesse du *sacramentum* dans la *legis actio* qui porte ce nom, et non pas préjudicielle comme la *sponsio* employée dans la revendication formulaire (2).

Les interdits conservatoires (comme tous les autres interdits prohibitoires) ne donnaient lieu qu'à la pro-

(1) Gaius, *Inst.*, IV, 162, 163, Conf. *id.*, *ibid.*, 91, 92, et ci-dessus, p. 32.

(2) Gaius, IV, 165. Conf. *id.*, *ib.*, 93, 94, et ci-dessus, p. 29 et 32.

cédure par *sponsio* et *restipulatio ;* et, comme leur qualité d'interdits doubles imposait à chaque plaideur les deux rôles de demandeur et de défendeur, il en résultait deux *sponsiones* et deux *restipulationes*. Une licitation déterminait celui des plaideurs à qui la possession provisoire resterait pendant le procès; ce qui rappelle les *vindiciæ* de la revendication par *legis actio sacramenti*. Le juge pouvait ici, en vertu des formules délivrées par le magistrat, prononcer quelquefois jusqu'à cinq condamnations contre le plaideur qui succombait (1).

Telle était l'institution prétorienne connue sous le nom d'interdits. Elle servait, entre autres usages, à protéger le *possesseur*, comme tel, qu'il fût ou non *propriétaire*. Elle s'appliquait également à la possession des fonds italiques et des fonds provinciaux; et elle était vraisemblablement, pour le possesseur de ceux-ci, le seul mode de protection auquel il pût avoir recours avant que les actions réelles eussent été appliquées, par extension, à cette classe d'immeubles.

En terminant ce rapide exposé des principes relatifs au droit de propriété, nous devons ajouter que Justinien a supprimé toute différence entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux; qu'à toutes ces choses peuvent dorénavant s'appliquer également tous les modes de translation de la propriété qu'il a conservés,

---

(1) Voy. Gaius, IV, 166-169. Conf. *id.*, *ib.*, 13, 16, et ci-dessus, p. 29 et 30.

et que, par conséquent, la différence entre avoir *rem in dominio ex jure Quiritium*, et l'avoir *in bonis*, n'existe plus.

Or, parmi les modes d'aliénation que nous avons énoncés, la mancipation, la cession juridique, sont supprimées; la tradition, l'usucapion, l'adjudication, le legs, sont restés en usage.

Le délai de l'usucapion est porté à trois ans pour les meubles, et à dix et vingt ans pour les immeubles; elle emprunte ainsi, dans ce dernier cas, le délai de la *præscriptio longi temporis;* elle en emprunte aussi le nom. Le mot *usucapio* disparaît pour les immeubles, d'autant plus facilement, que l'institution elle-même, bornée aux immeubles *italici soli*, ne trouvait plus, dans l'empire, alors composé uniquement de provinces, d'application qu'au territoire des cités jouissant du *jus italicum*.

Toutes les formes de legs ont été assimilées pour leurs effets; en sorte que, dans toutes (en supposant le testateur propriétaire) le légataire acquiert la propriété par la loi, et a l'action réelle, comme autrefois dans le legs *per vindicationem;* et dans toutes, il a l'action personnelle *ex testamento*, comme dans le legs *per damnationem*.

Revenons maintenant à l'usufruit, et voyons comment il s'établit.

Puisque, parmi les choses incorporelles, les seules qui comptent parmi les *res mancipi* sont les servitudes des fonds rustiques, ce sont donc les seules qui

31

puissent être conférées par mancipation. Ce mode de constitution est, par conséquent, étranger à l'usufruit, comme aux servitudes des fonds urbains.

Mais l'usufruit, comme toutes les autres servitudes, peut être établi par la cession juridique (1). Le propriétaire se présentant devant le magistrat avec celui à qui il veut conférer le droit d'usufruit, celui-ci dit : *Jus utendi fruendi hoc fundo mihi esse aio :* « J'affirme « que j'ai le droit d'user et de jouir de ce fonds. » Le magistrat demande au propriétaire s'il prétend le contraire ; et ce propriétaire répondant négativement, ou gardant le silence, le magistrat prononce que le droit d'user et de jouir appartient à celui qui a affirmé ou revendiqué.

La tradition ne peut servir à constituer l'usufruit, pas plus qu'aucune autre servitude : *incorporales res traditionem non recipere manifestum est* (2). Le propriétaire qui, en livrant une chose *nec mancipi*, pourrait en transférer la propriété, ne pourra pas en conférer l'usufruit en la livrant dans l'intention de rendre celui qui la reçoit usufruitier. Le droit civil, qui reconnaît le *dominium*, même acquis par un mode du droit des gens, ne reconnaît pas d'*ususfructus* acquis par un semblable mode ; il ne peut être constitué que par un mode du droit civil : *civili enim actione cons-*

---

(1) Gaius, *Inst.*, II, 29, 30 : « Sed jura prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt ; rusticorum vero etiam mancipari possunt. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit. »

(2) Gaius, *Inst.*, II, 28.

titui potest, non traditione quæ juris gentium est (1).

Si la tradition faite par le propriétaire ne pouvait établir le droit d'usufruit, ni aucune autre servitude, même sur une chose *nec mancipi*, elle ne pouvait davantage devenir le point de départ d'une usucapion propre à acquérir ces droits : *incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* (2). Cependant il paraît que la jurisprudence avait admis une usucapion constitutive de servitudes, qui aurait été abolie par une loi dont on ignore la date, la loi Scribonia (3).

L'usufruit pouvait être établi par l'adjudication, au moins dans les deux actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* (4), lorsque, pour partager une chose commune, le juge adjuge à l'un la nue propriété, à l'autre l'usufruit; mais l'usufruit n'était ainsi constitué que dans un *judicium legitimum* (5),

---

(1) Paul, *Vatic. fragm.*, 48.

(2) Gaius, *L.* 43, § 1, *D.*, *de adq. rer. dom.*

(3) Paul, *L.* 4, § 29, *D.*, *de usurp. et usuc.* — Malgré ce texte, des doutes sérieux s'élèvent sur le sens et la portée de cette disposition de la loi Scribonia. Voy. M. Hugo, *Geschichte des Ræmischen Rechts*. 11e éd., Berlin, 1832, p. 534 et 536, note 11.

(4) Gaius, *L.* 6, § 1, *D.*, *de usufr. et quem.*

(5) C'est une restriction qui ne nous est connue que depuis la découverte du passage de Paul, formant le § 47 des *Vatic. fr.* : « Item potest constitui et familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicio legitimo. »

Cette restriction s'applique-t-elle aussi à l'acquisition de la propriété par le même mode? C'est une question douteuse,

c'est-à-dire, dans une instance introduite à Rome, ou à une distance moindre d'un mille, entre citoyens romains, devant un seul juge aussi citoyen romain (1).

Enfin l'usufruit est établi par legs, quand le legs est fait *per vindicationem* (*Do lego Titio usumfructum fundi Corneliani; equorum meorum Titius usumfructum habeto*). C'était le mode le plus habituel de constitution de ce droit; c'est celui qui est indiqué ou supposé dans la plupart des textes des Pandectes.

Non-seulement le propriétaire peut, en démembrant sa propriété, conférer à un autre l'usufruit, et garder la nue propriété, mais il peut transférer la nue propriété à un autre, et conserver lui-même l'usufruit.

Cette rétention ou déduction de l'usufruit a même plus d'extension que la collation ou la translation de ce droit (2). Ainsi le propriétaire ne peut pas, comme

---

dont la solution affirmative paraît favorisée par un texte de Paul, *L.* 44, § 1, *D., fam. erc.* : « Adjudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando. » Cette protection prétorienne, superflue quand l'adjudication confère la propriété, paraît s'appliquer au cas où cette translation ne s'est pas opérée, vraisemblablement dans le cas où le *judicium* n'était pas *legitimum*, mais *imperio continens*.

(1) Gaius, *Inst.*, IV, 104.

(2) On emploie indifféremment les expressions *usumfructum deducere, detrahere, excipere, recipere*, par opposition à *usumfructum transferre, dare* : l'expression *usumfructum constituere* comprend les deux cas; elle a même quelquefois une signification plus étendue, comme nous le verrons bientôt.

nous l'avons vu, conférer l'usufruit par la mancipation, mais il peut, en transférant à un autre la propriété d'une chose *mancipi* par la mancipation, déduire ou retenir l'usufruit (1).

En cédant juridiquement, ou en léguant la propriété, il peut retenir l'usufruit pour lui-même dans le premier cas, pour ses héritiers dans le second, que la chose soit *mancipi* ou *nec mancipi* (2).

Mais, en livrant une chose même *nec mancipi*, pour en transférer la propriété, il ne pouvait s'en réserver efficacement la jouissance : l'usufruit ainsi retenu dans la tradition n'existait pas plus, selon le droit civil, que l'usufruit conféré par la tradition (3).

---

(1) Gaius, *Inst.*, II, 33 : « Quod autem diximus usumfructum in jure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo quod in mancipanda proprietate detrahi potest : non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit. »

Paul, *Vatic. fr.*, 47 : « Per mancipationem deduci ususfructus potest, non etiam transferri. »

(2) Paul, *Vatic. fr.*, 47 : « Per do lego legatum, et per in jure cessionem, et deduci et dari potest. »

(3) Paul, *Vat. fr.*, 47 : « In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine, si peregrino tradatur : civili enim actione constitui potest, non traditione quæ juris gentium est. »

(Remarquons, en passant, que ce texte paraît prouver que, dans les rapports d'un citoyen romain avec un *peregrinus*, un esclave n'était pas *res mancipi*, et que la propriété pouvait en être transférée par la tradition, ou, si l'on veut, que la propriété d'un esclave, quoique *res mancipi*, pouvait être trans-

L'usufruit établi par translation ou par rétention, peut-il être valablement limité par la volonté expresse

---

férée par un citoyen romain à un *peregrinus* par la tradition.)

M. Du Caurroy enseigne encore (*Institutes expliquées*, 5e éd., 1836, nº 432, t. I, p. 339) qu'une véritable servitude personnelle ou réelle peut être établie par rétention dans la tradition. « Il existait, dit-il, pour constituer les servitudes, plusieurs moyens introduits par le droit civil, et dont nous parlerons plus loin. *D'après le droit des gens on peut aussi constituer les mêmes droits*, lorsque le propriétaire de plusieurs héritages aliène l'un d'eux, et, *par une clause de la tradition* qui sépare les propriétés, *convient qu'il existera d'un fonds à l'autre une servitude quelconque;* ou lorsque, *en aliénant sa chose, un propriétaire s'en réserve l'usufruit, et transfère seulement la nue propriété.* En effet, quiconque aliène, transfère à son gré une propriété plus ou moins libre, plus ou moins complète, parce que la tradition n'opère jamais que conformément à la volonté du propriétaire, et dans les limites fixées par cette volonté. Du reste, et *lorsqu'on n'aliène aucune propriété, le droit des gens ne fournit aucun moyen pour établir, soit un usufruit, soit une servitude quelconque;* car les choses incorporelles ne sont susceptibles d'aucune possession, d'aucune tradition; et en le déclarant ainsi, les jurisconsultes romains veulent sans doute indiquer que les droits d'usufruit et de servitudes ne s'acquièrent pas par la tradition, comme la propriété des choses corporelles. »

Ces distinctions tombent devant le texte formel de Paul : *In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest....... civili enim actione constitui potest, non traditione, quæ juris gentium est*, qui prouve clairement : 1° que l'usufruit ne s'établit pas plus *par déduction dans la tradition*, que directement *par la tradition ;* 2° qu'il ne peut être constitué par *aucun mode du droit des gens*, à la différence du domaine qui est conféré même par des modes du droit des gens, par tradition, par exemple.

On a lieu de s'étonner qu'un interprète, qui a souvent tiré

des parties, soit quant à son existence, soit quant à sa durée? En d'autres termes, l'usufruit peut il être conféré à un tiers ou retenu par le propriétaire, à partir d'un certain terme, ou jusqu'à un certain terme, à partir de tel événement incertain, ou jusqu'à tel événement incertain (*ex die, ad diem, ex conditione, ad conditionem*)?

Plusieurs distinctions sont nécessaires.

L'usufruit peut être conféré jusqu'à un terme fixe, ou jusqu'à un événement incertain (*ad certum tempus*, ou *ad conditionem*), par tous les modes de constitution : le legs, la cession juridique, l'adjudication (1).

Peut-il être conféré à partir d'un terme fixe, ou de l'événement d'une condition (*ex certo tempore*, ou *ex conditione*)? Il peut être conféré ainsi par legs : les jurisconsultes etaient unanimes sur ce point. Mais peut-il l'être par cession juridique, et par adjudication? Les jurisconsultes étaient partagés (2). Ceux qui

---

des nouvelles découvertes, un parti très judicieux, ait ainsi négligé de faire usage des *Vaticana fragmenta*, publiés depuis treize ans.

Je regrette aussi que M. Blondeau n'ait puisé à cette source, si précieuse pour la doctrine de l'usufruit, aucun texte pour sa *Chrestomathie*.

(1) Paul, *Vat. fr.*, 48 : « Ad certum tempus et in jure cedi, et legari, et officio judicis constitui potest. » Le jurisconsulte n'ajoute pas *et ad conditionem;* mais le principe est le même. Conf. *Vat. fr.*, 49.

(2) Paul, *Vat. fr.*, 49 : « Ex certo tempore legari potest. An in jure cedi, vel an adjudicari possit, variatur. Videamus ne

tenaient pour la négative, alléguaient pour raison qu'une action de la loi n'est pas donnée pour un temps futur; c'est-à-dire, que, dans une *in jure cessio* (qui, comme nous l'avons vu, reproduit les formes de la revendication par *legis actio sacramenti*), le cessionnaire doit affirmer qu'il *a* le droit d'usufruit actuellement, et non pas qu'il l'*aura* à telle époque future. Quant à l'adjudication, qui ne paraît pas être l'image d'une *legis actio* (1), on conçoit aussi que le juge, qui n'a à s'occuper que des droits actuels des parties, ne leur confère également que des droits actuels (2).

Quant à la déduction de l'usufruit, peut elle avoir lieu avec ces modalités? Il paraît que les jurisconsultes étaient d'accord pour admettre que, dans le legs, la déduction peut se faire valablement avec un terme ou une condition, qui marque, soit le commence-

non possit; quia nulla legis actio prodita est de futuro. »
Paul penche donc pour la négative : *Videamus ne non possit* (voyons s'il n'est pas vrai qu'il ne le peut pas).

Ulpien, au contraire, admettait l'affirmative, au moins pour l'adjudication, *L.* 16, § 2, *D.*, *fam. ercisc.* : « Ususfructus, et ex certo tempore, et usque ad certum tempus, et alternis annis adjudicari potest. »

On ignorait cette controverse avant la publication des *Vaticana fragmenta*, faite à Rome, en 1823.

(1) Cependant le passage de Paul cité dans la note précédente pourrait induire à le croire.

(2) Peut-être faut-il se borner à rapporter cette décision à la règle générale, que les actes solennels consacrés par le très ancien droit (*actus legitimi*), même quand ils ne se rattachent pas aux *legis actiones*, n'admettent pas de terme ni de condition. Voy. Papinien, *L.* 77, *D.*, *de reg. jur.*, et *Vat. fr.*, 329.

ment, soit la fin de sa durée; mais qu'ils étaient partagés sur la validité d'une semblable déduction dans la mancipation et la cession juridique (1).

---

(1) Comme ces doutes ne nous sont connus que par les *Vaticana fragmenta*, je transcris ici le passage entier, qui nous intéresse aussi par les formules de cession juridique et de mancipation qu'il contient.

Paul, *Vat. fr.*, 50 : « In mancipatione vel in jure cessione an deduci possit vel ex tempore, vel ad tempus, vel ex conditione, vel ad conditionem, dubium est : quemadmodum si is, cui in jure ceditur, dicit : AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USUFRUCTU EX CALENDIS JANUARIIS, vel DEDUCTO USUFRUCTU USQUE AD CAL. JAN. DECIMAS ; vel AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USUFRUCTU, SI NAVIS EX ASIA VENERIT ; item in mancipatione : EMPTUS MIHI EST PRETIO, DEDUCTO USUFRUCTU, EX CAL. ILLIS USQUE AD CAL. ILLAS ; et eadem sunt in conditione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci, nec per in jure cessionem, nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. Ego didici et deduci ad tempus posse ; quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII Tabularum confirmat. Numquid ergo et ex tempore et conditione deduci possit ? Sequitur ut et legato deduci ad certum tempus possit. »

« L'usufruit peut-il, dans la mancipation ou la cession juridique, être réservé à partir d'un terme, ou jusqu'à un terme, à partir d'une condition, où jusqu'à une condition? C'est une question douteuse : par exemple, si celui à qui la cession juridique est faite, dit : *Je prétends que ce fonds est à moi, déduction faite de l'usufruit à partir des calendes de janvier*, ou *déduction faite de l'usufruit jusqu'aux dixièmes calendes de janvier ;* ou *j'affirme que ce fonds m'appartient, l'usufruit étant réservé si tel navire revient d'Asie ;* de même, dans la mancipation : *Ce fonds a été acheté par moi pour ce prix, sauf l'usufruit depuis telles calendes jusqu'à telles calendes ;* même question pour la condition. Pomponius pense qu'il ne peut être réservé jusqu'à un certain temps, ni par la cession juridique, ni par la mancipation, mais qu'il peut seulement être transféré ainsi. Mais les auteurs dont

La limitation de la durée de l'usufruit par un terme *ad quem* ou *ex quo* ne souffrait de difficulté qu'à raison des formes des actes par lesquels ce droit s'établissait, et non par l'idée qu'on attachait au droit luimême. Temporaire de sa nature, devant s'éteindre

---

j'ai suivi la doctrine sont d'avis qu'il peut également être réservé jusqu'à tel temps; parce que la loi des XII Tables confirme les clauses qui accompagnent la mancipation et la cession juridique. Peut-il donc aussi être réservé à partir de telle époque ou de telle condition? Il nous reste à dire que, dans le legs aussi, l'usufruit peut être réservé jusqu'à un certain terme. »

On voit que Pomponius, qui admettait, comme tous les autres jurisconsultes, la translation de l'usufruit jusqu'à un terme, n'admettait pas la rétention jusqu'à un terme (ajoutez : ou jusqu'à une condition). Paul, au contraire, suit l'opinion d'autres jurisconsultes, qui approuvaient la rétention, comme la collation, jusqu'à tel terme (ou jusqu'à telle condition) : il donne pour motif la confirmation accordée par la loi des XII Tables aux pactes ajoutés à la mancipation et à la cession juridique. (Remarquez, en passant, que c'est le premier document qui nous montre que la *cessio in jure* était mentionnée dans la loi décemvirale.) Il fait allusion au passage, *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, auquel paraît se référer Gaius quand il dit, dans son commentaire sur la loi des XII Tables, d'où a été tirée la *L.* 48, *D., de pactis :* « In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est. » Le mot *mancipationibus* aura probablement disparu sous la main des compilateurs.

Le même motif doit-il faire regarder comme valable la rétention, à partir d'un terme ou d'une condition? Paul n'ose résoudre la question.

Il passe ensuite au legs, et dit que la déduction jusqu'à un terme (ou une condition) n'y souffre aucune difficulté. Il est probable qu'il en était de même ici de la déduction, à partir d'un terme ou d'une condition, puisque toutes ces modalités sont plus facilement admises dans les legs.



par la mort ou le changement d'état de a personne qui en était investie, on trouvait tout simple que l'instant où il devait commencer fût retardé, que celui où il devait finir fût avancé par la volonté des parties. Aussi, quand le mode de constitution le comportait, comme dans le legs, l'apposition d'un terme ou d'une condition paraissait tout-à-fait compatible avec la nature de l'usufruit, et il commençait et finissait, à l'époque indiquée, *ipso jure*, conformément aux principes du droit civil.

Au contraire, les servitudes prédiales étant considérées comme perpétuelles de leur nature, parce qu'elles sont attachées, non à une personne dont la vie est bornée, mais à un immeuble dont l'existence est indéfinie, les Romains regardaient les limitations de temps, que les parties auraient voulu y apporter par une clause expresse de l'acte de constitution, comme contraires à leur nature, comme blessant les principes du droit civil. Ces modalités étaient donc inutilement ajoutées, et la servitude n'en conservait pas moins sa durée ordinaire, à moins que l'addition du terme ou de la condition ne viciât l'acte de constitution, auquel cas la servitude n'était pas établie. Ainsi la mancipation, la cession juridique, l'adjudication, sont annulées par l'addition de *dies* ou *conditio ex qua;* partant, alors, point de servitude. Ces modes ne sont point viciés par *dies* ou *conditio ad quam*, et le legs ne l'est ni par l'un ni par l'autre de ces deux genres de terme et de condition; par conséquent, alors, il y a servitude constituée, mais purement, le

terme ou la condition n'en modifiant pas la nature selon le droit civil (*ipso jure*).

Mais le droit prétorien admettait ces modalités, et celui qui revendiquerait cette servitude, soit avant le terme ou la condition *ex qua*, soit après le terme ou la condition *ad quam*, manquant ainsi à la convention et à la bonne foi, serait repoussé par l'exception de pacte ou de dol (*per pacti vel doli exceptionem*) (1).

L'usufruit, une fois constitué, est garanti par une action réelle.

L'usufruitier peut agir contre celui qui méconnaît son droit ou qui en trouble l'exercice, par une action dite *actio in rem confessoria de usufructu.*

De son côté, le propriétaire d'une chose peut exercer contre celui qui se prétendrait usufruitier de cette chose, ou se comporterait comme tel, une action dite *actio in rem negatoria de usufructu.*

Ces deux actions tirent leur nom de ce que le demandeur *affirme*, dans la première, que l'usufruit lui appartient, et *nie*, dans la seconde, que l'usufruit appartienne à son adversaire.

---

(1) Papinien, *L.* 4, *D.*, *de servitutibus :* « Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, *quamdiu volam*, constitui possunt. Sed tamen si hæc adjiciantur, per pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti ; idque et Sabinum respondisse Cassius retulit et sibi placere. »

Le droit de propriété ne donne lieu qu'à une action *affirmative*, parce qu'il ne servirait à rien d'agir pour faire reconnaître que l'adversaire, possesseur de la chose, n'en est pas propriétaire : le juge qui le déclarerait ne pourrait ordonner au possesseur de restituer la chose au demandeur; ni l'un ni l'autre n'étant reconnu propriétaire, le possesseur resterait nanti : *in pari causa potior est possessor.*

On conçoit, au contraire, qu'il y ait lieu à une action *négative* relativement à l'usufruit et aux autres servitudes : car celui dont le droit de propriété sur telle chose n'est pas constesté, a un intérêt évident à faire reconnaître qu'un autre n'a pas un droit d'usufruit ou de servitude sur cette chose, puisque la propriété non démembrée est plus avantageuse que la propriété démembrée. Le juge qui déclarera que le défendeur n'a pas l'usufruit de tel fonds, déclarera par là même, implicitement, que la propriété du demandeur est pleine, et il ordonnera, en conséquence, que le défendeur restitue au demandeur tous les émoluments qu'il s'est arrogés injustement (1).

Ces actions confessoire et négatoire avaient les mêmes formes que l'action réelle relative à la propriété. Sous l'empire des actions de la loi, on y procédait *sacramento;* dans le système formulaire, on procédait ou *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam* (voy. ci-dessus, p. 31, 32).

---

(1) Cette différence est fort bien expliquée par Théophile, Paraphrase sur le § 2, *I., de act.*

La sponsion était ainsi conçue :

Pour l'action confessoire : *Si jus utendi fruendi fundo Corneliano mihi est, sest. XXV nummos dare spondes?* Pour l'action négatoire : *Si jus utendi fruendi tibi non est*, etc.?

La formule pétitoire portait :

Pour l'action affirmative : *Si paret jus utendi fruendi fundo Corneliano A. Agerio esse, neque arbitrio tuo restituetur, quanti ea res erit N. Negidium A. Agerio condemna; si non paret, absolve.* Pour l'action négative : *Si paret jus utendi fruendi...... N. Negidio non esse.....*, etc.

Si le défendeur à l'action réelle touchant l'usufruit, refusait de fournir la caution *pro prœde litis et vindiciarum*, quand on procédait par le premier mode, ou *judicatum solvi*, quand on procédait par le second, le préteur donnait contre lui l'interdit *quem usumfructum* (1), par lequel il lui enjoignait de mettre le de-

(1) *Vaticana fragm.*, 92 : « Ulpianus lib. IV de interdictis, sub titulo, A quo ususfructus petetur, si rem nolit defendere. Sicut corpora vindicanti, ita et jus, satisdari oportet; et ideo necessario exemplo interdicti Quem fundum proponi etiam interdictum Quem usumfructum vindicare velit, de restituendo usufructu. »

Cette restitution de possession quant à l'usufruit, est expliquée dans le paragraphe suivant, 93 :

« Post pauca, sub titulo supra scripto. Restitutus ex hoc interdicto ususfructus intelligitur, cum petitor in fundum admissus sine periculo interdicti Unde vi ad eam rem propositi depelli non potest. »

mandeur en possession, interdit qui était une imitation de l'interdit *quem fundum* (1).

Il paraît que ce même interdit *quem fundum* était encore appliqué, par extension, au cas de refus de défendre à une action réelle touchant une servitude prédiale (2).

Le dernier mode de procéder (*per formulam petitoriam*), qui constituait une action arbitraire, a survécu au premier (*per sponsionem*), et paraît être le seul auquel se réfèrent les textes des Pandectes, qui déterminent le devoir du juge de la manière suivante :

Si le juge ne reconnaît pas que la prétention du demandeur (l'*intentio* de la formule) soit fondée, il absout le défendeur.

S'il reconnaît que cette prétention est fondée, il arbitre le genre de satisfaction qu'il doit imposer au défendeur : il lui ordonne, suivant les cas, de restituer la chose, de rendre les fruits, de détruire tel ouvrage, de s'engager, avec caution, à ne plus renouveler les actes dont on se plaint, ou à faire, après un délai, la restitution qu'il ne peut effectuer sur-le-champ.

---

(1) Voy. plus haut, p. 33.

(2) C'est probablement là le sens de la *L.* 45, *D.*, *de damno infecto* : « Scævola, lib. XII *Quæstionum*. A quo fundus petetur, si rem nolit (*suppl.* defendere). Ædificatum habes : ago tibi jus non esse habere : non defendis. Ad me possessio transferenda est : non quidem ut protinus destruatur opus (iniquum est enim demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris jus tibi esse ædificatum habere. » (Voy. *Revue de législation et de jurisprudence*, t. IV, p. 416.)

Le défendeur qui obéit à l'ordre et satisfait le demandeur de la manière indiquée, est encore absous; celui qui ne satisfait pas, est condamné à payer, s'il y a dol de sa part, la somme fixée par le serment du demandeur, et s'il y a simple faute, la somme déterminée par le juge.

Nous avons vu que les fonds provinciaux, soit stipendiaires, soit tributaires, n'étaient pas susceptibles de propriété privée, que l'État ou l'empereur en était réputé propriétaire, que les particuliers n'en avaient que la possession et la jouissance (1). On ne doit donc pas s'attendre qu'ils soient susceptibles d'usufruit. Cependant un passage de Gaius pourrait, au premier abord, faire croire le contraire. Après avoir parlé de la mancipation et de la cession juridique comme propres à conférer les servitudes et l'usufruit, d'après les distinctions exposées plus haut, ce jurisconsulte ajoute (2) qu'il en est ainsi pour les fonds italiques, parce que ces fonds eux-mêmes sont susceptibles de mancipation et de cession juridique: *sed hæc scilicet in italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt.* Quant aux fonds provinciaux, continue-t-il, celui qui veut y constituer un droit d'usufruit ou de servitude prédiale, peut le faire par des pactes et des stipulations, parce que ces fonds eux-mêmes ne sont sus-

(1) Gaius, *Inst.*, II, 7. Théophile, *Paraphr. ad* § 40, *Inst.*, *de rer. div.* Voy. ci-dessus, p. 45.
(2) *Inst.*, II, 31.

ceptibles ni de mancipation, ni de cession juridique : *alioquin in provincialibus prædiis, sive quis usumfructum, sive jus eundi agendi....... cæteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.*

Qu'est-ce à dire ? Le droit réel d'usufruit sera-t-il véritablement établi sur ces fonds en vertu de ces pactes et de ces stipulations, de manière que celui à qui il est accordé ait l'*actio in rem confessoria ?* Quelques interprètes l'ont pensé (1); mais cette opinion

(1) Cette question ayant été vivement controversée dans ces dernières années, quelques lecteurs seront peut-être bien aises de trouver ici la liste des principaux auteurs qui l'ont traitée.

A. Auteurs qui pensent que *per pactiones et stipulationes* il y a droit réel de servitude ou d'usufruit et *actio in rem confessoria :*

1° M. de Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 4e éd., 1822, p. 447, note 1 ; 5e éd , 1827, p. 527, note 1.

2° M. Schmidtlein, *De servitutibus per pactum constituendis*, Gottingue, 1823. Cet auteur développe l'opinion de M. de Savigny.

3° M. Michelsen, Dissertation insérée dans *Archiv für die civilistische Praxis*, t. VIII, 1825, p. 362-389.

4° M. Du Caurroy, *Institutes expliquées*, t. I, 2e éd., 1826, p. 339-344 ; — 3e éd., 182

5° M. Warnkoenig, Dissertation dans *Archiv f. d. civ. Prax.* t. XII, 1829, p. 52-65; et dans la *Thémis*, t. X, 1830-31, p. 57-89.

B. Auteurs qui soutiennent l'opinion contraire :

1° M. Gans, *Scholien zum Gaius*, 1821, p. 239, 240.

2° M. Du Roi, *Ueber Actio in rem*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, t. VI, 1823, p. 284-286, et p. 386-440.

me paraît aussi difficile à concilier avec l'idée que les Romains se faisaient des fonds provinciaux, qu'avec les effets ordinaires du pacte et de la stipulation.

D'une part, on ne reconnaissait pas à un particulier le droit de propriété sur un fonds provincial: comment aurait-on pu lui reconnaître sur ce fonds, un droit d'usufruit ou de servitude, démembrement du droit de propriété?

D'autre part, les conventions n'ont point la vertu de transférer la propriété: comment pourraient-elles conférer un droit d'usufruit ou de servitude? Cela serait bien étrange, si l'on considère que, dans aucune législation, le droit réel et le droit de créance, et les sources respectives de l'un et de l'autre, n'ont été si nettement distingués que dans la législation romaine. Un pacte est une convention qui n'est point civilement obligatoire; une stipulation produit une obligation civile, et une action personnelle. Comment peut-on les employer pour constituer l'usufruit et les servitudes sur les fonds provinciaux?

Théophile, qui nous a donné, sur ces fonds considérés sous le rapport du droit de propriété, des

---

3° Zimmern, Dissert. dans le même recueil, t. VII, 1824, p. 309-334.

4° Hasse, Dissert. dans *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, t. I, 1827, p. 64-128.

5° M. Du Caurroy, *Institutes expliquées*, t. 1, 1re éd., 1822, p. 336, 337; 4e éd., 1832, p. 342, 343; 5e éd., 1836, p. 340-342,

6° M. Blondeau, *Chrestomathie*, t. I, 1830-33, p. 412.

notions conformes à celles que nous trouvons dans Gaius, nous fournit encore ici une explication qu'il nous est permis de prendre pour le développement de la pensée du même jurisconsulte. Celui qui veut, dit-il, accorder à son voisin une servitude, peut le faire par des pactes et des stipulations; car, après avoir conclu un pacte sur la servitude à concéder, celui à qui elle doit être concédée demande à l'autre : Promettez-vous d'observer la servitude convenue? et si vous ne l'observez pas, promettez-vous de me donner cent écus à titre de peine (1)?

Cette explication montre clairement que le pacte et la stipulation ne produisaient en cette occasion que leur effet ordinaire. Primus et Secundus conviennent que Secundus jouira du fonds de Primus, ou y passera pour le service du sien : il n'y a encore là ni droit réel, ni obligation civile. Secundus stipule de Primus et lui fait promettre d'observer la convention précédente, et de payer, en cas qu'il y manque, telle somme comme indemnité : dès lors il y a une obligation civile de Primus envers Secundus, et, si elle n'est pas remplie, celui-ci aura contre celui-là une action personnelle. Le fonds n'est pas grevé d'une charge réelle; mais la personne du possesseur est soumise,

(1) *Paraphr. ad* § 4, *Inst., de servitutibus :*
Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παραχωρῆσαι δουλείαν, διὰ συμφώνων καὶ ἐπερωτήσεων τοῦτο δύναται ποιεῖν· συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παραχώρησιν, Ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς, ὁμολογεῖς διδόναι μοι λόγῳ προστίμου νομίσματα ἑκατόν;

par une obligation personnelle, à souffrir que l'autre contractant exerce sur le fonds les mêmes actes qu'il aurait la faculté de faire s'il y avait un droit réel.

Il y a donc avantage à peu près équivalent tant que le fonds ou les fonds ne changent pas de possesseurs. Mais si le fonds du promettant passe à un nouveau possesseur, celui-ci pourra s'opposer aux actes du stipulant; ce stipulant agira en paiement de la peine contre le promettant, lequel n'aura action contre le possesseur actuel, qu'autant que ce dernier se serait explicitement ou implicitement obligé à ne rien faire de contraire à la convention intervenue entre Primus et Secundus. Si c'est le fonds pour l'avantage duquel la stipulation a eu lieu, qui est transmis à un tiers, celui-ci, s'il rencontre quelque obstacle, agira par l'action que lui aura cédée, expressément ou tacitement, son auteur.

Ainsi donc, s'il n'y a pas un droit réel d'usufruit ou de servitude, il y a un succédané aussi approximatif qu'il est possible.

Ce qui nous confirme dans l'opinion que c'est là le vrai sens de cette constitution d'usufruit et de servitudes par pactes et stipulations, c'est que nous voyons reparaître ce mode de constitution dans des circonstances où certainement il est impossible de croire qu'il y eût, au yeux des Romains, un véritable droit réel établi. Un propriétaire, qui a une servitude de conduite d'eau sur les fonds de plusieurs voisins, veut établir une servitude de puisage sur son aqueduc; il le fera par un pacte et une stipulation, dit

Africanus (1) : et pourtant ce jurisconsulte n'admet pas, assurément, qu'il y aura ici un droit réel établi; car il donne lui-même les raisons pour lesquelles un pareil droit ne peut exister, ni au profit des propriétaires des fonds traversés par l'aqueduc, ni au profit d'autres voisins : c'est que les premiers auraient alors une servitude sur leur propre fonds, en d'autres termes, que leur fonds serait assujetti à une servitude envers lui-même, et que les seconds auraient l'usufruit d'une servitude, ou une servitude sur une servitude (raison qui s'applique aussi aux premiers), ce qui est impossible.

On objecte que cette explication, qui n'admet ici qu'une obligation et une action personnelle, est difficile à concilier avec le mot *constituere* employé par Gaius, et qui semble indiquer qu'un droit réel d'usufruit est véritablement établi.

Cette objection ne serait fondée que si l'expression *constituere usumfructum* était toujours destinée à indiquer l'établissement actuel du droit d'usufruit, avec action réelle; mais Gaius lui-même l'emploie dans un cas où incontestablement il ne peut y avoir lieu qu'à une action personnelle, savoir, dans le cas

---

(1) *L.* 33, § 1, *D.*, *de serv. præd. rust.* : « Per plurium prædia aquam ducis quoquo modo imposita servitute; nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo concedere : pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest »

d'un legs *per damnationem.* Il dit, en effet, *L.* 3, *pr., D., de usufr., et quem :* « Omnium prædiorum « jure legati potest *constitui* ususfructus, ut heres « jubeatur dare alieni usumfructum. » Or, tout le monde convient que dans le legs où le testateur condamne l'héritier à donner, le légataire n'a qu'une action personnelle (*actio in personam ex testamento*) contre l'héritier qui n'exécute pas l'obligation qui lui est imposée (1). Pour exécuter cette obligation, il faut qu'il donne. Ce sera donc le fait volontaire de l'héritier, et non la vertu même de la loi conformément à la volonté du testateur, qui conférera au légataire la propriété, s'il a reçu ordre *dare rem,* l'usufruit, s'il a reçu ordre *dare usumfructum.* Aussi Paul dit-il (2) : « Ususfructus uniuscujusque rei legari potest, « et aut ipso jure constituetur, aut per heredem præs- « tabitur. Ex causa quidem damnationis per heredem « præstabitur; ipso autem jure per vindicationem. »

Voilà donc l'expression *usumfructum constituere* signifiant, dans un passage de Gaius, conférer au légataire le droit d'agir par action personnelle contre l'héritier obligé à donner l'usufruit : il n'est donc pas étonnant que le même auteur l'emploie ailleurs dans le même sens. Toute la différence entre les deux cas, c'est que, dans les Pandectes, l'héritier est obligé à *donner l'usufruit;* dans les Institutes, d'après l'explication de Théophile, le promettant est obligé à

(1) Gaius, *Inst.*, II, 204. Voy. plus haut, p. 25.

(2) *Sentent.*, III, 6, § 17.

donner une somme d'argent. Mais l'on trouve aussi, au Digeste, des stipulations où le promettant s'est obligé *à donner l'usufruit* ou *à donner une servitude*. Évidemment ces stipulations, pas plus que le legs *per damnationem*, n'établissent actuellement la servitude; car nous voyons que si le stipulant aliène son fonds ou une partie indivise (la moitié, le tiers, etc.) de son fonds, après la stipulation faite, mais avant la servitude constituée, la stipulation devient inutile, parce que la servitude ne peut pas être établie pour un fonds qu'il n'a plus, ou dont il n'a conservé qu'une partie indivise; tandis que l'aliénation totale ou partielle du fonds dominant après la servitude constituée, ne porterait aucune atteinte à cette servitude (1).

Puisque l'établissement du droit d'usufruit ou de servitude n'est point l'effet direct du legs *per damnationem* ou de la stipulation, qu'il en résulte seulement une obligation de la part de l'héritier ou du promettant de le donner (*dare*), comment cet héritier ou ce promettant exécutera-t-il son obligation? En employant, soit la mancipation, soit la cession juridique, suivant les distinctions exposées plus haut.

---

(1) Paul, *L.* 136, *D.*, *de verb. obl.* : « Si qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio. »

Modestinus, *L.* 11, *D.*, *de servit* : « Pro parte dominii servitutem adquiri non posse vulgo traditur. Et ideo, si quisfundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. »

Mais si la chose sur laquelle il est obligé de donner cet usufruit ou cette servitude, est un fonds provincial, comment remplira-t-il son obligation?

Il est impossible, je le répète, qu'il l'accomplisse directement dans les principes du droit civil : il ne pourra que régler par un pacte le mode de jouissance ou d'exercice, et se soumettre, par stipulation, à une peine pécuniaire, en cas de contravention.

Mais le droit prétorien venait ici suppléer à l'insuffisance du droit civil par un moyen qui pouvait aussi être employé dans les cas mêmes où les modes du droit civil étaient applicables.

Nous avons vu (1) que celui qui a une chose en son pouvoir, comme propriétaire, qu'il soit ou non propriétaire, qu'il ignore ou sache qu'il ne l'est pas, est possesseur de cette chose, en a la possession (*rem possidet, possessio rei*); que l'usufruitier, au contraire, n'a pas la possession de la chose dont il jouit, puisqu'il n'a pas l'*animus domini*, qu'il reconnaît un autre comme propriétaire, que par conséquent *non possidet rem, sed est in possessione*, c'est le nu-propriétaire *qui possidet per eum;* mais s'il n'a pas la *possessio rei*, mot consacré pour désigner la possession qui répond au droit de propriété, on lui reconnaît une *possessio juris*, qui est l'exercice du droit d'usufruit, et qu'on appelle aussi *quasi possessio*. L'exercice d'une servitude prédiale sera également une quasi-possession.

Or, de même que la possession de la chose est

(1) Voy. ci-dessus, p. 10 et suiv.

maintenue par les interdits conservatoires *uti possidetis* et *utrubi*, quand elle est troublée par voie de fait, et recouvrée par l'interdit restitutoire *unde vi*, quand elle est enlevée par violence (1); de même la quasi-possession du droit d'usufruit sera protégée par les mêmes interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, non directs, mais utiles. On les appelles *utiles*, parce qu'ils sont donnés ici *utilitate suadente*, par extension de leur destination originaire. Créés pour la possession (*possessio rei*), tous les termes employés dans leur formule s'y rapportent; cette formule n'a pu être appliquée à la quasi-possession (*possessio juris*) sans que sa rédaction fût modifiée (2).

---

(1) Voy. plus haut, p. 49-52.

(2) C'est ce que nous apprend Ulpien, dans un passage qui forme le § 90 des *Vatic. fragm.*, et où, traitant de l'interdit *quod legatorum* utile, dont il donne la formule, il parle à cette occasion des interdits *uti possidetis* et *unde vi* utiles :

« Ulp. lib. I de interdictis, sub titulo : « In eum qui legaturum nomine, non voluntate ejus, cui bonorum possessio data erit, possidebit. » Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, competit interdictum adversus eum *utile*, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur, et unde vi, quia non possidet. Utile autem interdictum quod legatorum formula tali concipiendum est : Quod de his bonis legati nomine possides, quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, utereris, fruereris, cætera. »

Le § 91 paraît relatif à l'interdit *unde vi* utile :

« Idem lib. II de interdictis, sub titulo : « Si uti frui prohibitus esse dicetur. » Non is, ad quem ea res pertinet *quæ* legata est, *veluti* qui utendi fruendi causa, quum usufructus ad eum pertineret, admissus in qua re sit, possidere eam videtur, et

Quant aux servitudes prédiales, les plus anciennes, qui sont les servitudes rustiques de passage, d'aqueduc, de puisage, trouvent dans l'édit, pour protéger leur possession, des interdits spéciaux, les interdits *de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et æstiva, de rivis, de fonte.* La manière dont la possession des servitudes urbaines est protégée, présente quelques difficultés dont la discussion nous entraînerait trop loin (1).

Voilà donc un moyen introduit par le droit prétorien pour suppléer à l'insuffisance du droit civil. Celui qui jouit à titre d'usufruitier, qu'il soit, ou non, re-

---

ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie dejectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desiderari. »

C'est seulement par ces *Vaticana fragmenta* que nous savons positivement que les interdits possessoires n'étaient donnés à l'usufruitier ou à celui qui possède à ce titre, que modifiés dans leur formule, *utiliter.* Les textes des Pandectes accordaient ces interdits à l'usufruitier sans s'expliquer autrement. (Voy. pour l'int. *uti possid.*, Ulp., *L.* 4, *D.*, *uti poss.;* pour l'int. *unde vi*, Ulp., *L.* 3, § 13-17, *D.*, *de vi.*) Cependant quelques autres textes semblaient annoncer un interdit particulier pour l'usufruitier. (Voy. Papin., *L.* 27, *D.*, *de don. :* « .... ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur. ») D'un autre côté, le soin que mettaient les jurisconsultes à distinguer la quasi-possession de la possession, conduisait à penser que les interdits possessoires créés pour celle-ci ne pouvaient s'appliquer à celle-là. Ainsi Paul (*L.* 4, § 27, *D.*, *de usurp.*) disait : « Nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, (id est) mero jure detruditur »; et Javolenus (*L.* 20, *D.*, *de serv.*) parlait d'interdits quasi-possessoires pour les servitudes prédiales : « Interdicta veluti possessoria constituta sunt. »

(1) Voy. M. de Savigny, *Recht des Besitzes*, § 46.

connu comme tel par le droit civil, peut défendre ou recouvrer sa quasi-possession (pourvu qu'elle ne soit ni violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de l'adversaire) par les interdits quasi-possessoires.

Mais le préteur ne s'est pas borné là.

Nous avons vu que la tradition, qui est la translation volontaire de la possession du possesseur actuel à un autre, a aussi la vertu d'opérer la translation de la propriété quand elle est faite, dans ce but, par le propriétaire d'une chose *nec mancipi;* et que, si la chose est *mancipi,* le nouveau possesseur ne devient pas propriétaire immédiatement par la tradition, mais seulement après un laps de temps, par l'usucapion; qu'il le devient aussi de la même manière s'il a reçu, de bonne foi, d'un non propriétaire, une chose, soit *mancipi,* soit *nec mancipi;* que le possesseur qui est en train de devenir propriétaire par cette voie, qui est ainsi *in causa usucapiendi,* est considéré, par le droit prétorien, comme propriétaire par anticipation, et peut exercer, indépendamment des interdits, une action réelle utile, l'actio *in rem Publiciana;* que la tradition d'un fonds provincial ne peut, ni transférer immédiatement le *dominium ex jure Quiritium,* ni mettre en position de l'acquérir par usucapion; que, cependant, la possession légale de ces fonds était protégée non-seulement par les interdits, mais encore, au moins dans les derniers temps de la jurisprudence classique, par une action réelle, et qu'une possession réunissant toutes les conditions requises pour l'usucapion, quand elle était continuée pendant dix ou vingt ans, four-

nissait un moyen de défense dit *præscriptio longi temporis* contre l'action du précédent possesseur légal.

La tradition, qui confère la quasi-possession de l'usufruit, ne confère jamais le droit d'usufruit, même quand elle est faite par le propriétaire, et que la chose est *nec mancipi :* car, à la différence du *dominium,* qui est conféré tant par les modes du droit des gens, que par ceux du droit civil, le *jus utendi fruendi* n'est établi que par des modes du droit civil. Cette tradition faite soit *a domino,* soit *a non domino,* ne mettra pas non plus celui à qui elle est faite à même d'acquérir l'usufruit par usucapion : car l'usucapion des choses incorporelles a été abolie par la loi *Scribonia* (1).

Mais le préteur, trouvant une possession qui réunit toutes les conditions propres à conduire à l'usucapion, et qui y conduirait si une loi positive n'était venue s'opposer à l'extension des principes du droit civil, le préteur, dis-je, accorde une action réelle utile, l'action publicienne (2); car cette action, créée en faveur de celui qui, étant en position d'acquérir une chose par usucapion, n'y est pas encore parvenu (3), faute

(1) Voy. plus haut, p. 56.

(2) Ulpien, *L.* 11, § 1, *D., de public. act. :* « Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci; item rusticorum : nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. »

(3) Gaius, *Inst.*, IV, 36; Ulp., *L.* 1, *pr.*, § 1, *D., de publ. act.*

de temps, est donnée aussi à celui qui, se trouvant dans une position semblable, n'arrivera jamais à l'usucapion, parce que la chose n'en est pas susceptible, dans la rigueur du droit civil; par exemple, un fonds provincial, un fonds *emphytéotique*, une maison *superficiaire* (1).

Voilà donc un second moyen employé par le préteur pour garantir la possession en matière d'usufruit et de servitude. C'est dans ce sens que, suivant Ulpien, la tradition et la patience du propriétaire à souffrir des actes exercés à titre de servitude personnelle ou réelle, introduit la protection du préteur (2). On dit alors que l'usufruit est constitué, non par le droit (le droit civil), mais par la protection prétorienne (3); et, par analogie du langage usité en matière de propriété, où celui à qui compète l'action réelle civile, a le *dominium rei*, et celui à qui compète l'action

(1) Pour l'explication de ces termes, Voy. ci-après.

Paul, *L.* 12, § 2, 3, *D., de publ. act.* : « In vectigalibus, et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero. »

(2) Ulp., *L.* 1, § 2, *D., de serv. præd. rust.* : « Traditio plane et patientia servitutum inducet officium prætoris. »

(3) Ulp., *L.* 1, *pr., D., quib. mod. us. am.* : « Et parvi refert utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione prætoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie non jure constitutus..... »

Le § 61 des *Vat. fr.*, qui est le texte original d'Ulpien, contient de plus, après *traditus quoque ususfructus*, ces mots : *Scilicet in fundo stipendiario.*

réelle publicienne, a seulement la *possessio rei*, on dit ici que celui à qui appartient l'action confessoire civile, a *dominium ususfructus*, et que celui à qui appartient l'action publicienne ou prétorienne, a seulement *possessio ususfructus* (1).

C'est donc d'un usufruit constitué *jure prætorio*, donnant lieu à une action réelle prétorienne, qu'il faut entendre tous les textes des Pandectes qui parlent d'usufruit constitué par tradition.

C'est dans le même sens que Gaius, dans la *L.* 3, *D.*, *de usufr.* précitée (2), après avoir dit qu'on peut constituer l'usufruit de toute espèce de fonds à titre de legs, en ordonnant à son héritier de donner à quelqu'un l'usufruit, ajoute : l'héritier est réputé le *donner*, s'il introduit le légataire dans le fonds, ou s'il souffre qu'il use et jouisse : « Omnium prædiorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. »

Par cette tradition, effectivement, un usufruit peut être constitué *tuitione prætoris* sur toute espèce de fonds, avec action réelle prétorienne. C'est la seule

(1) Julien, *L.* 3, *D.*, *si ususfr. pet.* : « Qui usumfructum *traditum* sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si *legitime ejus factus esset*, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet : est enim absurdum, plus juris habere eos, qui *possessionem duntaxat ususfructus*, non etiam *dominium* adepti sint. »

(2) Voy. ci-dessus, p. 75.

action réelle qu'on pourra avoir, si le fonds est provincial; on pourra, au contraire, par les modes civils, se procurer un usufruit *jure constitutus*, avec action réelle civile, si le fonds est italique, ou s'il s'agit d'un meuble. Cette observation est aussi applicable aux servitudes prédiales.

C'est encore dans le même sens qu'il faut entendre les textes des Pandectes qui parlent d'usufruit (ou de servitude) retenu, réservé ou déduit dans la tradition d'une chose (1). Nous avons vu qu'il ne pouvait être ainsi constitué dans les principes du droit civil (*jure constitui*), même sur une chose *nec mancipi* (2). Ce ne peut donc être qu'un usufruit prétorien (*tuitione prætoris constitutus*) avec action prétorienne, qui sera établi en faveur de celui qui retient l'usufruit en livrant la chose pour transférer la propriété, comme en faveur de celui à qui la chose est livrée pour lui en conférer l'usufruit, la propriété étant retenue par celui qui fait la tradition. Si les textes du Digeste ne font pas toujours cette distinction, c'est qu'elle aura été retranchée comme inutile dans le droit

(1) Pomponius, *L.* 32, *D., de usufr.* : « Si quis unas ædes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id quod personæ, non prædii est, veluti usum et usumfructum. »

Ulpien, *L.* 6, *D., comm. præd.* : « Si quis duas ædes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istæ quæ non traduntur, servæ sint his quæ traduntur, vel contra, ut traditæ retentis ædibus serviant..... Idem erit et in prædiis rusticis; nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. »

(2) Paul, *Vat. fr.*, 47. Voy. plus haut, p. 58.

de Justinien : telle est, du moins, l'explication qu'on en peut donner, en supposant que les textes originaux fussent relatifs à la tradition ; mais il est probable que plus d'une fois le mot *tradere* aura été substitué par Tribonien, aux mots *mancipare* ou *in jure cedere* employés par le jurisconsulte.

Observons que cette quasi-possession de l'usufruit et des servitudes, la tradition qui la confère et les interdits quasi-possessoires qui la garantissent, sont une extension assez récente des principes de la possession proprement dite. Le jurisconsulte Labéon, contemporain d'Auguste, ne paraît pas les avoir admis. Lorsqu'un droit de passage ou tout autre droit sur un fonds a été vendu, comment le vendeur, se demandait-il, exécutera-t-il son obligation de livrer, de mettre en possession ? Il faudra qu'il donne caution qu'il n'empêchera pas l'acheteur d'user du droit acheté ; car il n'y pas de tradition possible, pas de moyen de procurer la libre possession d'un semblable droit. Mais Javolenus, qui vivait sous Trajan, dans ses notes sur Labéon, pense que l'exercice du droit doit être considéré comme tradition ; aussi, ajoute-t-il, on a établi des interdits quasi-possessoires (1). Ce serait donc dans cet intervalle d'un siècle environ,

(1) Javolenus (*lib.* V *ex posterioribus Labeonis*), *L.* 20, *D.*, *de servit.* : « Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quominus eo jure uti possim, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego (Javolenus) puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. »

que les principes de la quasi-possession et des interdits quasi-possessoires auraient été introduits.

Ceci peut nous fournir une explication historique plausible d'un point qu'il est assez difficile d'expliquer doctrinalement. Pourquoi l'action réelle, confessoire ou négatoire, soit pour l'usufruit, soit pour les servitudes prédiales, est-elle donnée même à celui qui possède (1), tandis que l'action réelle pour la propriété ne compète pas au possesseur (2)? Les textes sont muets sur la raison de cette différence, et ce que disent les auteurs est peu propre à suppléer à leur silence. L'histoire comparative des actions réelles et des interdits possessoires et quasi-possessoires paraît conduire à la solution (3).

La loi des Douze Tables protégeait le propriétaire en lui donnant le moyen de faire reconnaître son droit par l'action de la loi dite *sacramenti ;* elle ne protégeait pas le possesseur comme tel. Celui qui était troublé dans sa possession n'avait donc d'autre ressource que de repousser la force par la force, ou d'agir *ex lege*, s'il était propriétaire. Dans cette action, les deux plaideurs se présentaient comme demandeurs; chacun revendiquait, et le magistrat attribuait à son gré, à l'un ou à l'autre, la possession provisoire (*vindicias*)

---

(1) Voy. Ulpien, *L. 5, § 7, D., si ususfr. pet.*

(2) Voy. Ulpien, *L. 1, § 6, D., uti possid.*

(3) Je suis redevable de cet aperçu à un de mes élèves, M. Gaslonde, qui, dans sa *Thèse pour la licence*, août 1836, a exposé des vues très ingénieuses sur cette matière et sur l'interprétation de plusieurs textes difficiles.

jusqu'au jugement de la question de propriété. Dans cet état de la législation, le possesseur pouvait être aussi bien demandeur que défendeur.

Le préteur, par l'institution des interdits (1), protégea la possession pour elle-même, indépendamment de tout droit. Le possesseur, propriétaire ou non, put dès lors faire reconnaître et garantir sa possession par les interdits possessoires, comme le propriétaire, possesseur ou non, pouvait faire reconnaître et garantir sa propriété par la revendication. Il dut donc paraître naturel que la controverse sur la possession précédât la controverse sur la propriété, que le possesseur recourût à l'interdit *uti possidetis* ou *utrubi* au lieu de revendiquer, et qu'en conséquence, la revendication lui fût refusée, puisqu'il pouvait atteindre son but (avoir la chose à sa libre disposition, être à portée d'en recueillir les avantages) par une voie, sinon plus simple, du moins plus sûre et plus facile.

Tel était vraisemblablement le principe qui tendait à s'établir à l'époque où les formules d'actions furent substituées aux actions de la loi. De là cette règle de

(1) Il est facile de reconnaître que l'institution des interdits, postérieure aux actions de la loi, est antérieure aux formules d'actions : il suffit de comparer les détails de leur procédure respective dans Gaius, et l'on reconnaîtra que la procédure des interdits possessoires, et particulièrement des interdits doubles *retinendæ possessionis*, plus simple que celle de la revendication par l'*actio legis sacramenti*, est cependant plus compliquée que la revendication formulaire soit *per sponsionem*, soit surtout *per formulam petitoriam*. Ce n'est pas ici le lieu de développer ce point de l'histoire de la procédure romaine.

la revendication formulaire, que le possesseur est toujours défendeur et dispensé de prouver; que le non-possesseur est demandeur et chargé de la preuve, et que, s'il y a une controverse sur la possession, chacun prétendant être possesseur, il faut recourir, pour la vider, à l'interdit *uti possidetis* ou *utrubi*. On saura alors quel rôle chacun doit jouer dans l'action réelle sur la propriété (1). Au non-possesseur appartiendra le rôle de demandeur; l'action réelle lui sera donnée, s'il la réclame. Au possesseur appartiendra le rôle de défendeur; il devra attendre que son adversaire l'actionne. S'il voulait se faire donner à lui-même la revendication, elle lui serait refusée, parce qu'il n'a pas d'intérêt; car il a la possession, qui lui procure tous les avantages attachés à la propriété, et qu'il peut faire respecter par un interdit si elle est troublée (2).

---

(1) C'est cet état de la jurisprudence qu'Ulpien expose ainsi, *L.* 1, § 2, 3, *D.*, *uti possidetis* : « Hujus autem interdicti proponendi causa hæc fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem, et dominus sit. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est : ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, de cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. »

(2) Ulpien, *L.* 1, § 6, *D.*, *uti possid.* : « Interdictum autem possessorem prædii tuetur, quod est uti possidetis : actio enim nun-

Au contraire, si, à l'époque où cette règle s'est établie, celui qui avait un droit d'usufruit ou de servitude ne pouvait point se faire donner un interdit, quand il était troublé dans l'exercice de son droit, ainsi que nous avons essayé de le démontrer tout à l'heure, on conçoit que, l'action réelle confessoire étant sa seule ressource, on ait dû continuer de la lui donner, quoiqu'il fût en possession. Quand plus tard les interdits quasi-possessoires (*interdictum utile uti possidetis, interd. utile unde vi*) se furent introduits, on aurait pu désormais refuser l'action réelle à l'usufruitier ou au propriétaire dominant qui avait la quasi-possession de son droit, comme on la refuse au proprié-

---

quam ultro possessori datur; quippe sufficit ei, quod possideat. »

Il pourrait arriver cependant, mais bien rarement, que, quoique possesseur, j'eusse intérêt à provoquer un jugement sur la question de propriété. Par exemple, je prévois que Titius élèvera plus tard des prétentions sur la propriété de mon fonds; je crains que la mort ou l'absence des témoins ne me rende impossible la preuve de mon droit, ou que mes héritiers, moins instruits que moi, ne puissent conduire le procès. Dans ces cas exceptionnels, j'ai de la peine à croire, malgré la règle énoncée par Ulpien, que le droit romain ne m'eût pas autorisé à me faire déclarer propriétaire, contradictoirement avec Titius, au moins par un *præjudicium*, où le juge se contenterait de déclarer le droit du demandeur; ou bien par un *judicium in rem* ordinaire, où le juge n'ordonnerait pas au défendeur de faire une restitution impossible, mais de fournir caution qu'il n'inquiétera pas le demandeur à l'avenir, comme cela a lieu dans l'action confessoire ou négatoire exercée par celui qui est en possession, en matière d'usufruit ou de servitude. (Voy. Ulpien, *L. 5, § 7, D., si ususfr. pet.*; Paul, *L. 7, D., si serv. vind.*

taire qui a la possession de sa chose; car celui-là, comme celui-ci, n'a pas d'intérêt à soulever la question relative au droit, sauf quelques cas fort rares. Mais l'usage de donner, en cette matière, l'action réelle, même au possesseur, était établi, et, quoique le motif qui le justifiait eût cessé d'exister, cet usage a continué de se maintenir, comme cela est arrivé à plus d'une institution ancienne et moderne qui a survécu aux causes qui l'avaient fait introduire.

Voilà pour l'action confessoire. Quant à l'action négatoire, il semble d'abord plus difficile de s'expliquer pourquoi elle était donnée au propriétaire qui était en possession de son fonds, comme franc d'usufruit ou de servitude; ne pouvait-il pas attendre que celui qui prétendait avoir un droit d'usufruit ou de servitude vînt l'attaquer par l'action confessoire? Ne pouvait-il pas, s'il était troublé par des voies de fait de la part de celui-ci, recourir à l'interdit direct *uti possidetis?*

Il paraît que cet interdit était inapplicable à ce cas : sa rédaction supposait que les deux adversaires prétendaient également posséder dans le sens propre du mot, c'est-à-dire posséder *animo domini. Uti possidetis..... quominus ita possideatis vim fieri veto*, disait le préteur : il ne pouvait s'exprimer ainsi, quand l'un disait : Je possède comme propriétaire, et l'autre : Je possède comme usufruitier; car, de son aveu, ce dernier ne possédait pas, *non possidebat* (1). Les deux prétentions ne se rencontraient pas, n'étaient pas con-

(1) Voy. ci-dessus, p. 11.

tradictoires l'une à l'autre (1). Faute de pouvoir employer un interdit direct, le propriétaire, troublé dans sa possession par celui qui se prétendait usufruitier, devait donc recourir à l'action réelle négatoire; et il en dut être ainsi jusqu'à ce que le préteur eût établi un interdit *uti possidetis* utile, en ajoutant, dans la formule, au mot qui exprimait la possession proprement dite, à titre de propriétaire, des termes qui se rapportassent à l'exercice du droit d'usufruit (*uti possidetis, utimini, fruimini*) (2). Cet interdit utile se donnait entre deux adversaires qui prétendaient posséder, soit tous deux comme usufruitiers, soit l'un comme usufruitier, l'autre comme usager, soit enfin l'un comme propriétaire, l'autre comme usufruitier (3). Mais il arriva à cette action négatoire ce qui était ad-

(1) C'est probablement la même raison du défaut de conflit direct entre les prétentions respectives de possession, qui faisait douter que l'interdit *uti possidetis* pût être efficacement employé entre deux voisins dont l'un avait une maison faisant saillie au-dessus du sol ou du bâtiment de l'autre. Voy. *L.* 3, § 5, 6, *D.*, *uti possid.*

(2) Voy. les § 90 et 91 des *Vat. fr.*, rapportés ci-dessus, p. 78.

(3) Ulpien, *L.* 4, *D.*, *uti possid.*: « In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum. »

Ce texte est relatif à l'interdit *uti possidetis* utile, et non à l'interdit direct; car il est tiré du livre 70 du Commentaire d'Ulpien *ad edictum*, où ce jurisconsulte traitait des interdits possessoires utiles et des interdits spéciaux aux servitudes

venu à l'action confessoire : accordée, comme seule ressource, au propriétaire dont la possession était troublée par les prétentions d'un usufruitier, lorsqu'il n'existait point encore d'interdit possessoire applicable en cette

---

rustiques, comme on peut s'en convaincre par les inscriptions des fragments suivants : 1 *de superfic.*, 1 et 3 *de itinere actuque*, 1 *de aqua quotid. et æstiva*, 1 et 3 *de rivis*, 1 *de fonte;* tandis que c'était dans le livre 69 qu'il avait exposé les interdits directs *unde vi* et *uti possidetis*, comme le prouvent les inscriptions des lois 1 et 3 *de vi*, 1 et 3 *uti possidetis*.

Notre texte présente quatre cas où se donne cet interdit *uti possidetis* utile :

1° Entre deux individus qui prétendent posséder comme usufruitiers.

2° Entre un individu qui prétend posséder à titre d'usufruitier et un autre qui prétend posséder à titre de propriétaire.

3° Entre un individu qui prétend posséder en vertu d'un usufruit établi d'après le droit prétorien (*si ususfructus quis sibi defendat possessionem*, par opposition à *dominium ususfructus*, Voy. *L.* 3, *D.*, *si ususfr. pet.*, rapportée ci-dessus, p. 83), d'une part, et probablement un prétendu possesseur *animo domini*, d'autre part.

4° Entre deux adversaires qui prétendent posséder, l'un comme usager, l'autre comme usufruitier.

N. B. J'ai donné quelque développement à cette explication des *interdits possessoires utiles* ou *quasi-possessoires*, destinés à protéger la quasi-possession de l'usufruit, parce que je m'écarte ici des idées de M. de Savigny, qui, après avoir si nettement séparé la *quasi possessio juris* de la *possessio rei*, applique ensuite (§ 45, 46) à celle-là comme à celle-ci les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, non-seulement quant à l'usufruit, mais encore quant à toute servitude qui n'a pas un interdit spécial. Ce n'est que dans sa 5ᵉ édition (1827) qu'il avertit en note (p. 531), qu'appliqués à l'usufruit ces interdits ne sont que des *utilia interdicta*, sans modifier, du reste, en rien sa doctrine.

circonstance, elle continua de lui être accordée, même depuis qu'il eut à sa disposition un interdit.

L'examen de cette question, dans ses rapports avec les servitudes prédiales, est plus compliqué, et nous entraînerait trop loin.

Nous avons vu comment la propriété et l'usufruit s'acquièrent, et comment ils sont protégés. Voyons maintenant comment ils se perdent.

En général, quand une personne devient propriétaire d'une chose, une autre cesse de l'être : par conséquent, les manières d'*acquérir* la propriété sont ordinairement des manières de la *perdre*. Ainsi par la mancipation, la tradition, l'usucapion, la cession juridique, l'adjudication, le legs *per vindicationem*, l'un perd la propriété que l'autre acquiert : ce sont des manières de *transférer* le domaine.

Mais, de même qu'il y a des cas où la propriété est acquise à une personne, sans qu'une autre la perde en cet instant, de même il est des cas où une personne perd la propriété, sans qu'une autre l'acquière. Les modes d'acquisition sans aliénation, sont l'occupation des choses qui n'ont jamais eu de maître, ou qui n'en ont plus (v. ci-dessus, p. 26 et suiv.)

Les manières de perdre la propriété sans qu'elle soit transférée à un autre sont les suivantes :

L'abandon de la chose par le propriétaire, qui abdique la propriété en même temps que la possession. La chose abandonnée par le maître (*res pro derelicto habita*) cesse immédiatement de lui appartenir, sui-

vant les Sabiniens, dont l'opinion a prévalu. Elle continue de lui appartenir jusqu'à ce qu'un autre en ait pris possession, selon les Proculiens (1), qui ne voyaient ici qu'un mode d'aliénation semblable à la tradition faite à une personne incertaine (2).

Le délaissement que fait le propriétaire, en faisant passer sa chose au nombre des *res sacræ* ou *religiosæ*, ou bien en affranchissant son esclave.

L'évasion des animaux sauvages que nous avons pris ; ici la propriété qui avait commencé avec la possession, finit également avec elle.

L'anéantissement de la chose. On considère la chose comme ayant péri, soit qu'elle ait été *matériellement* détruite, altérée, de manière à ne conserver aucune utilité, mon droit de propriété subsistant toutefois sur tous les débris dont je puis tirer quelque parti (3); soit qu'elle ait été transformée de façon que ce ne soit plus *civilement* la même chose; car, dans le système qui admet la spécification comme une manière d'acquérir, la nouvelle espèce appartient au fabricant, comme objet nouveau, trouvé ou créé par lui, et la matière première a disparu, et avec elle le droit du propriétaire.

Ainsi, en résumé, quand le propriétaire perd son droit de propriété sur une chose (sauf le cas où elle

---

(1) Paul, *L.* 2, *D.*, *pro derel.*

(2) § 46, 47, *I.*, *de div. rer.*; *L.* 5, § 1, *D.*, *pro derel.*

(3) « Meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo. » Celsus, *L.* 49, *D.*, *de rei vind.*

cesse d'exister physiquement ou civilement), ou il la transfère à un autre maître, ou elle reste sans maître.

Lorsque l'usufruitier perd son droit d'usufruit, ce droit va se réunir à la propriété dont il a été démembré (sauf le cas où il y a plusieurs usufruitiers jouissant du droit d'accroissement); mais jamais l'usufruitier ne transfère son droit à une autre personne : l'usufruitier ne peut pas faire un nouvel usufruitier, comme le propriétaire fait un nouveau propriétaire.

L'usufruit ne quitte donc l'usufruitier que pour revenir au propriétaire : toute perte ou extinction de l'usufruit rend la propriété pleine et entière.

L'usufruit finit ou se perd par la mort de l'usufruitier, par sa déchéance d'état (1), par le non-usage,

(1) Le terme technique de *capitis diminutio* ou *minutio* est souvent expliqué ou remplacé par les mots *status mutatio* dans les textes des jurisconsultes romains (v., par ex., Gaius, *L.* 1, *D.*, *de cap. min.* : « Capitis minutio est status permutatio ; » Paul, *Sent.*, I, 7, § 2, ou *L.* 2, *D.*, *de in int. rest.* : « Status mutationem »). Il est donc permis de le traduire par *changement d'état*. Cependant on peut avoir changé d'état sans être *capite minutus*, parce que *capitis minutio* ne se dit que d'un changement d'état accompagné de la perte de certains droits. Ainsi il n'y a pas de *capitis diminutio* dans le changement de condition qu'éprouvent l'esclave qui devient *sui juris* par l'affranchissement, mais qui ne perd aucun droit, puisqu'il n'en avait aucun (Paul, *L.* 3, *D.*, *de cap. min.*), et le fils de famille qui devient *sui juris* par la mort de son père, sans perdre ses droits de famille ; tandis que le fils de famille subit une *capitis diminutio* par l'émancipation, qui, en le faisant passer de l'état de personne dépendante du droit d'autrui à l'état de personne indépendante, lui fait perdre ses droits de famille. Cette double idée de changement de

par le changement de la chose ; par la cession juridique, par l'acquisition de la propriété, par l'expiration du temps (1).

L'usufruit, étant un droit attaché à une personne déterminée, finit avec cette personne, et par conséquent s'éteint par sa mort.

Par la même raison, il s'éteint par la déchéance d'état (*capitis diminutio*), grande, moyenne ou petite, que

---

condition et de privation de droits me paraît donc mieux rendue par les mots *déchéance d'état* ou *dégradation d'état*.

Quant à l'expression *diminution de tête*, adoptée par quelques auteurs modernes, c'est, à mon avis, une traduction aussi peu exacte au fond, que barbare dans la forme. *Diminution* ne rend pas l'idée de privation, de déchéance, que présente le latin *diminutio*, *minutus*; et il n'est pas moins étrange de voir traduire le mot *caput* par *tête*, lorsqu'il signifie l'ensemble des avantages attachés à l'état d'homme libre, de citoyen ou de membre d'une famille, que quand il désigne un chapitre d'un livre, ou un capital produisant des intérêts.

(1) Paul, *Sent.*, III, 6, § 28. « Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. Amittitur autem quinque modis : capitis minutione, rei mutatione, non utendo, in jure cessione, dominii comparatione. » § 33. « Finitur ususfructus aut morte aut tempore : morte, cum usufructuarius moritur; tempore, quoties ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio. »

Paul distinguait ainsi des modes par lesquels l'usufruit finit, et des modes par lesquels il se perd. Il entendait apparemment par *fin*, le terme de la durée *naturelle* de l'usufruit, qui était, suivant lui, la durée de la vie de l'usufruitier, ou du temps fixé par l'acte de constitution, et par *perte* la cessation *accidentelle* de ce droit par tout autre événement. Cette distinction, qui n'amène, du reste, aucune différence de droit, paraît n'avoir pas été faite par les autres jurisconsultes, qui emploient indifféremment les mots *amittitur* et *finitur*.

l'usufruitier éprouve en perdant la qualité d'homme libre, de citoyen ou de membre de la famille (1); car cette *capitis diminutio,* étant la cessation de l'existence civile antérieure, et le commencement d'une nouvelle manière d'être, fait cesser les droits qui ne sont pas susceptibles de passer d'une personne à une autre.

Ce double mode d'extinction est évidemment étranger aux servitudes réelles.

L'usufruit s'éteint par le défaut d'exercice, ou le non-usage, quand l'usufruitier cesse de jouir des meubles pendant un an, des immeubles pendant deux ans (2).

Les servitudes rurales se perdent de même par cela seul qu'on cesse d'en user pendant deux ans.

Quant aux servitudes urbaines, elles ne se perdent pas par le simple non-usage, mais par une sorte d'usucapion, au moyen de laquelle le propriétaire du fonds servant reconquiert la liberté de son immeuble, en faisant ce que défendait la servitude, et en maintenant ce nouvel état de choses pendant deux ans.

Le droit d'usufruit, comme le droit de propriété, périt avec la chose sur laquelle il est établi. Mais le droit du propriétaire subsiste sur la chose altérée, ou sur ses débris, à moins que, par le fait d'un tiers, cette

(1) Paul, *ibid.*, § 29 : « Capitis minutione amittitur, si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus pœnæ efficiatur, aut si statum ex arrogatione vel adoptione mutaverit. »

(2) Paul, *ibid.*, § 30 : « Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno. »

chose n'ait été transformée de manière à constituer une nouvelle espèce qui appartienne au fabricant; tandis que l'usufruitier perd tout droit sur la chose, dès qu'elle a été modifiée de manière à ne plus conserver la même destination (1). Il le recouvre pourtant si la chose reprend sa première forme avant l'expiration du temps fixé pour la perte par non-usage.

Les servitudes prédiales s'éteignent de même quand les fonds ou l'un des fonds éprouvent un changement qui en rend l'exercice impossible, et elles revivent également par le rétablissement de l'état primitif.

La cession juridique faite par l'usufruitier au propriétaire met fin à l'usufruit; en effet le magistrat déclarant, du consentement de l'usufruitier, que le propriétaire a le droit d'user et de jouir de la chose (2), ce droit qui ne peut exister au profit du propriétaire, comme droit distinct, comme servitude, s'éteint, et la propriété devient pleine (3).

Mais la cession juridique que l'usufruitier ferait à tout autre qu'au propriétaire, ne rendrait pas le cessionnaire usufruitier. L'usufruit est attaché à la per-

(1) Paul, *ibid.*, § 31 : « Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restituatur. »

(2) Voy. ci-dessus, p. 21 et 55.

(3) Paul, *ibid.*, § 32 : « In jure cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit. »
Gaius, *Inst.*, II, 30 : « Ipse usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit ut a se discedat et convertatur in proprietatem. »

sonne de l'usufruitier, et ne peut s'en détacher que pour se rejoindre à la propriété : s'il pouvait être transporté sur une autre tête, son extinction pourrait être retardée indéfiniment par des cessions successives. Ainsi donc, il est bien certain que l'usufruit juridiquement cédé par l'usufruitier ne passe pas au cessionnaire. Mais reste-t-il au cédant ou lui échappe-t-il pour se réunir à la propriété? C'est un point sur lequel les jurisconsultes paraissent avoir été partagés. Gaius dit que l'usufruitier retient son droit, parce qu'on regarde cette cession comme ne produisant aucun effet (1). Mais, suivant Pomponius, l'usufruit retourne au nu-propriétaire (2).

Les deux décisions se conçoivent suivant le point de vue où l'on se place.

En effet, la cession juridique est un acte complexe qui se compose de plusieurs parties. Le cessionnaire affirme que le droit d'usufruit lui appartient; le cédant approuve ou ne contredit pas cette prétention, et par conséquent renonce expressément ou tacitement à son propre droit; le magistrat constate et confirme l'assertion du premier, et partant la renonciation du second.

---

(1) Gaius, *ibid.*, § 30 : « Alii vero in jure cedendo, nihilominus jus suum retinet : creditur enim ea cessione nihil agi. »

(2) *L.* 66, *D., de Jure dotium* : « .... Diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. »

Il est évidemment impossible, d'après les principes de la matière, que le cessionnaire soit investi du droit d'usufruit, par sa revendication, sanctionnée par le préteur.

Mais le dessaisissement du cédant par sa renonciation expresse ou tacite n'a rien en soi d'impossible : s'ensuit-il qu'il aura lieu ?

On répondra négativement, si l'on considère que le cédant ne veut se dépouiller que pour investir le cessionnaire : or celui-ci ne pouvant rien acquérir, celui-là ne perdra rien, parce que la volonté des parties ne doit pas être scindée ; impuissante à produire l'un des deux effets auxquels elle tendait, elle n'en produira aucun.

On répondra affirmativement, si l'on part de l'idée que l'effet des actes solennels, tels que la cession juridique, était déterminé moins par la volonté des parties que par les principes rigoureux de l'ancien droit civil, comme on peut le remarquer pour les institutions d'héritier et les legs, par opposition aux fidéicommis (1) : on conservait à ces actes toute l'efficacité qu'ils pouvaient avoir, quand même le résultat ne répondait que partiellement ou même était contraire à l'intention des parties. C'est le cas de dire que la forme emporte le fond.

Le premier point de vue est celui de Gaius, qui refusait tout effet à la *cessio in jure*, plutôt que de lui en laisser produire un qui serait contraire à l'in-

(1) Ulpien, *Fragm.*, XXV, 1.

tention des parties, et profiterait à un tiers étranger à l'acte.

Le second point de vue est celui de Pomponius (1),

---

(1) C'est aussi, dans d'autres circonstances, le point de vue de Gaius, qui me semble n'avoir pas été ici tout à fait conséquent avec lui-même. Ainsi il attribue à la *cessio in jure* d'une *hereditas* trois effets différents, selon qu'elle est faite à telle ou telle époque, par tel ou tel héritier. (Voy. *Inst.*, II, 35, 36.)

La cession juridique de l'hérédité, faite par l'héritier légitime, avant l'adition, rend le cessionnaire héritier, exactement comme s'il était appelé par la loi : ainsi effet complet, dévêtissement du cédant, investiture du cessionnaire, comme dans le cas de cession de l'usufruitier au propriétaire.

La cession de l'hérédité, faite par l'héritier testamentaire, également avant l'adition, ne produit aucun effet ; le cédant ne se dépouille pas, le cessionnaire n'acquiert rien ; exactement comme dans la cession que l'usufruitier fait à un étranger, suivant le système de Gaius.

Si c'est après l'adition d'hérédité que l'héritier, soit légitime, soit testamentaire, cède cette hérédité, le résultat est tout autre. Il n'y a plus alors une *hereditas*, chose incorporelle, complexe, embrassant les divers droits actifs et passifs qui appartenaient au défunt. Ces divers droits, qui, pendant que l'hérédité était jacente, ne reposaient sur aucune tête, se sont fixés sur la personne de l'héritier ; par l'adition, il est devenu propriétaire des choses corporelles qui étaient au défunt, créancier de ce qui lui était dû, débiteur de ce qu'il devait. Gaius examine sur chacun de ces trois points isolément quel effet peut produire la cession juridique, et lui attribue trois effets partiels, distincts, dont le résultat total répond fort mal à l'intention du cédant et du cessionnaire. Ainsi, 1° la propriété des choses héréditaires peut se transporter d'une personne à l'autre : les choses corporelles passeront donc de l'héritier au cessionnaire, comme si elles avaient cédées séparément. 2° Les créances ne peuvent se transmettre par cession juridique : la revendication du cessionnaire, à cet égard, est donc

qui maintenait la cession juridique autant que la nature des choses le permettait, sans trop s'inquiéter si le résultat ne tournait pas contre la volonté des parties.

L'acquisition de la propriété par l'usufruitier éteint l'usufruit, parce que le propriétaire ne peut pas avoir un droit de servitude personnelle ou réelle sur sa propre chose; il en use, il en jouit désormais comme propriétaire et non comme usufruitier: on dit alors que l'usufruit ou la servitude périt par consolidation ou confusion.

---

inutile; mais la renonciation du cédant produit son effet, de le dessaisir, et opère par conséquent la libération des débiteurs, qui n'ont plus de créancier. 3° Quant aux dettes, l'héritier ne peut s'en libérer par sa volonté, le cessionnaire ne peut s'en charger par sa revendication : l'obligation reste donc où elle était.

On voit qu'ici Gaius (d'accord, au reste, avec Ulpien, *Fragm.*, XIX, 12 - 15) décompose la cession juridique de l'hérédité, et lui fait produire, quant aux créances actives, un effet pareil à celui que Pomponius attribue à la cession de l'usufruit faite par l'usufruitier à un étranger.

De même encore, quand le *tutor cessitius*, c'est-à-dire l'étranger à qui le tuteur légitime a cédé *in jure* la tutelle, la cède lui-même à un autre, le nouveau cessionnaire n'acquiert pas la tutelle, mais elle retourne au tuteur légitime. (Ulpien, *Fragm.*, XI, 7.)

Un résultat analogue se remarque dans l'affranchissement solennel d'un esclave commun par l'un de ses maîtres : celui-ci se prive de sa propriété, non pas au profit de l'esclave lui-même, qui ne devient pas libre, mais au profit de l'autre copropriétaire, auquel il ne songeait pas à procurer cet avantage. (Ulpien, *Fragm.*, I, 18.)

Voy., sur ce sujet, une dissertation de M. Puggé, dans le *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, t. I, 1827, p. 145 - 157.

L'expiration du temps fixé pour la durée de l'usufruit, dans l'acte par lequel il a été constitué, met fin à l'usufruit, d'après les principes mêmes du droit civil, à la différence des servitudes réelles, qui, subsistant encore, suivant le droit civil, au delà du terme que la convention leur aurait assigné, ne peuvent être considérées comme éteintes que par le secours du droit prétorien (1).

A ces modes d'extinction de l'usufruit, il faut ajouter l'aliénation, l'affranchissement et la mort de l'esclave, la *capitis diminutio* et la mort du fils de famille, par lequel le maître ou le père de famille avait acquis l'usufruit.

Mais ceci ne s'applique qu'à l'usufruit légué *per vindicationem* à l'esclave, et non à celui qu'il aurait stipulé (2).

---

(1) Voy. ci-dessus, p. 59 - 65, ce que nous avons dit du terme et de la condition apposés à la constitution d'usufruit, et des distinctions que faisaient, à cet égard, les jurisconsultes romains, et qui nous étaient inconnues avant la découverte des *Vaticana fragmenta.*

(2) *Vat. fr.*, 57 : « Ususfructus do lego servo legatus, morte et alienatione servi perit : si stipulatur, non perit. Igitur et post mortem suam, sicut cetera, usumfructum servus stipulari potest; quod aliter est in legatis. »

Cette distinction ne nous est positivement connue que par la découverte de ces fragments. On pouvait seulement l'induire de quelques textes du Digeste; et c'était probablement cette distinction que Justinien avait en vue quand il disait, *L.* 17, *C., de usufr.* : « Ex libris Sabinianis quæstio nobis relata est, per quam dubitabatur, si ususfructus per servum acquisitus, vel per filiumfamilias, capitis diminutione filii magna vel



La raison en est que dans les legs, c'est la personne de l'esclave que l'on considère pour savoir ce qu'on peut valablement lui léguer ; on n'a égard à la personne du maître que pour savoir si le testateur a *testamenti factio* avec lui : le maître, que le testateur pourrait nommer héritier ou légataire directement, n'acquerra donc, quand le legs est fait à son esclave, que les droits que celui-ci pourrait acquérir pour lui-même s'il était libre (1). L'usufruit légué à l'esclave, ne profitera donc au maître, qu'autant qu'il conservera l'esclave sous sa puissance, et il dépendra pour sa durée de la vie de ce dernier. Au contraire dans la stipulation que fait un esclave, c'est la personne du maître, et du maître actuel, qu'il faut considérer pour savoir s'il peut acquérir telle chose, et si par conséquent elle peut valablement faire l'objet de cette stipulation (2).

---

media, vel morte, vel emancipatione, vel servi quacumque alienatione, vel morte, vel manumissione possit adhuc remanere. »

(1) Paul, *L.* 82, § 2, *D., de leg.* 2 : « Cum servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio : ceterum ex persona servi constitit legatum. Et ideo rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. »

Idem, *Vat. fr.*, 75 : « Servus ... cujus persona in legato spectatur ... »

(2) De là la conséquence qu'une servitude réelle de passage ne peut être valablement léguée à un esclave, à moins qu'il

Même distinction pour l'usufruit légué ou promis à un fils de famille.

Quand l'esclave auquel un usufruit avait été légué, était aliéné partiellement, que devenait l'usufruit que

---

n'ait un fonds dans son pécule, tandis qu'il la stipule utilement, quand son maître a un fonds.

Papinien, *L.* 5, *D., de serv. leg.* : « Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen quæ servis relinquuntur, ita valent si liberis relicta possent valere. Sic ad fundum domini via servo frustra legatur. »

Mæcianus, *L.* 17, § 1, *D., de leg.* 3 : « Servitus quoque servo prædium habenti recte legatur. »

Paul, *Vat. fr.*, 56 : « Servo via inutiliter legatur : stipulatur autem eam utiliter, si dominus fundum habeat. »

De là encore cette conséquence que l'esclave d'une hérédité jacente ne peut pas se faire promettre valablement un usufruit, parce que sa stipulation, soit pure, soit conditionnelle, ne peut profiter qu'à son maître actuel; or son maître actuel, l'hérédité jacente, n'est pas une personne vivante à laquelle puisse s'attacher un droit d'usufruit. Un legs d'usufruit pourrait, au contraire, être utilement fait à un pareil esclave; car il y a faction de testament avec son maître actuel, l'hérédité jacente, qui, sous ce rapport, représente la personne du défunt, et le legs ne s'ouvrant qu'à l'adition d'hérédité, et même plus tard s'il est à terme ou conditionnel, il y aura alors une personne véritable, l'héritier, qui pourra acquérir l'usufruit.

Paul, *Vat. fr.*, 55 (texte formant aussi *L.* 26, *D., de stipul. serv.*) : Ususfructus sine persona esse non potest; et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur. Legari autem ei posse dicitur, quia dies ejus non cedit statim; stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergo, si sub conditione stipuletur? videamus ne nec hoc casu valeat, quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit. »

son maître avait acquis ainsi par lui? Il y avait, à cet égard trois opinions chez les jurisconsultes romains : les uns pensaient que le maître perdait entièrement l'usufruit ; d'autres, qu'il le perdait en proportion de la part qu'il avait aliénée dans l'esclave légataire; d'autres enfin, qu'il le conservait en totalité (1).

Voyons maintenant quels changements la législation de Justinien a apportés aux manières dont l'usufruit s'acquérait et se perdait selon l'ancien droit.

Il n'est plus question, dans les recueils de Justinien, de *mancipatio* ni de *in jure cessio :* par conséquent l'usufruit ne peut plus être conféré par le propriétaire au moyen de la cession juridique, ni retenu par lui dans la mancipation ou la cession juridique qu'il ferait de la chose (2).

La tradition, au contraire, est mentionnée à chaque instant, soit qu'il s'agisse d'établir, par cette tradition, l'usufruit au profit d'un tiers, soit qu'il s'agisse de le déduire en faveur du propriétaire, dans la tradition qui a pour but de transférer à un tiers la propriété (3). Dans le premier cas, on avertit quelquefois que l'usufruit n'existe pas suivant le droit civil, mais seulement suivant le droit prétorien; on n'en avertit

---

(1) Cette dernière opinion était celle du jurisconsulte Julien. Voy. Justinien, *L.* 15, *C., de usufr.*

(2) Voy. ci-dessus p. 65 et suiv.

(3) Voy. ci-dessus, p. 55, et p. 77 - 85.

jamais dans le second cas. On ne distingue plus entre les fonds italiques et les fonds provinciaux. Ces distinctions n'ont plus aucune importance.

L'adjudication que prononce le juge dans une action en partage est toujours propre à établir l'usufruit, et il n'y a plus à distinguer par quelle espèce d'instance judiciaire on a procédé (1).

Le legs est encore le mode le plus fréquent de constitution de l'usufruit; et peu importe maintenant la forme du legs (2) : pourvu que la chose dont le testateur a voulu léguer l'usufruit appartienne au testateur, l'usufruit existera au profit du légataire, sans aucun fait de l'héritier.

Quant aux pactes et aux stipulations, ils sont encore indiqués parmi les moyens de constituer l'usufruit et les servitudes. Faut-il, sous Justinien, entendre cette expression dans un autre sens que précédemment (3), et admettre que le droit réel d'usufruit et de servitude soit établi directement par les pactes et les stipulations? On pourrait être tenté de le croire, en considérant que, depuis l'abolition de la cession *in jure*, il n'existait plus de moyen d'établir, par acte entre-vifs, les servitudes négatives, puisqu'elles ne paraissent pas susceptibles de quasi-tradition (4). Ce-

(1) Voy. ci-dessus, p. 56.

(2) Voy. plus haut, p. 57 et 75.

(3) Voy. plus haut, p. 69 - 77.

(4) Voy. M. Blondeau, *Chrestomathie*, t. 1, p. 413, et les auteurs cités ci-dessus, p. 70, dans la première partie de la note 1.

pendant j'ai de la peine à croire qu'un changement si notable dans l'effet des pactes et des stipulations se fût introduit dans la législation de Justinien, sans que nous en fussions avertis quelque part, lorsqu'il nous annonce, avec tant de solennité, des innovations bien moins importantes.

Voyons maintenant les réformes que cet empereur a fait subir aux anciens modes d'extinction de l'usufruit.

Il veut que ce droit ne soit plus éteint par la petite déchéance d'état (*minima capitis diminutio*) de l'usufruitier; mais seulement par la grande et la moyenne (1).

Il décide, par la même constitution (2), que l'usufruit ne finira plus par le simple non-usage; mais qu'il faudra, pour que l'usufruitier soit déchu de son droit, des circonstances telles qu'une exception pût lui être opposée s'il revendiquait la propriété: c'est-à-dire que l'usufruitier, pas plus que le propriétaire, ne perdra son droit pour avoir négligé de jouir, si un autre n'a pas possédé pendant le temps et avec les conditions propres à fonder la nouvelle usucapion ou prescription de long temps (3). Une autre constitution (4) étend cette règle aux servitudes réelles.

---

(1) *L.* 16, § 2, *C., de usufr.*

(2) *D. L.* 16, § 1, *C., de usufr.*

(3) Voy. ci-dessus, p. 54.

(4) *L.* 13, *C., de servit.*

La *cessio in jure*, comme mode d'extinction de l'usufruit, est remplacée par le mot *cessio* tout court. On doit entendre par là, apparemment, une cession ou renonciation non solennelle. Faite par l'usufruitier en faveur du nu-propriétaire, elle met fin à l'usufruit; faite en faveur d'un étranger, elle est sans effet (1).

Relativement à la durée fixée pour l'usufruit dans l'acte constitutif, Justinien a résolu une difficulté qui s'élevait quand l'usufruit avait été établi en faveur d'une personne, jusqu'à ce qu'une autre personne fût parvenue à un âge déterminé ou fût sortie de l'état de démence. Il a décidé que, si ce tiers mourait avant d'avoir atteint l'âge fixé ou recouvré la raison, l'usufruit durerait, dans le premier cas, jusqu'à l'expiration du temps qui eût accompli l'âge indiqué, si la personne eût vécu, et, dans le second cas, jusqu'à la mort de l'usufruitier (2).

Enfin, quant à l'usufruit acquis au père de famille par suite d'un legs fait au fils ou à l'esclave soumis à

---

(1) § 3, *I. de usufr.* : « Finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit). » Quoique Justinien n'ajoute pas comme Gaius (voy. ci-dessus, p. 99) : *nihilominus jus suum retinet*, il entend bien que l'usufruitier ne perd pas son droit, puisqu'il n'attribue ce résultat qu'à la cession faite au propriétaire. Cette décision, placée au siége de la matière, doit prévaloir, dans le droit de Justinien, contre l'opinion contraire de Pomponius rapportée à l'occasion d'une autre question. (Voy. p. 99 et suiv.)

(2) *L.* 12, *C., de usufr.*

sa puissance, Justinien a décidé, par une première constitution (1), qu'en cas d'aliénation partielle de l'esclave, l'usufruit serait conservé intégralement, suivant l'opinion de Julien; et, par une seconde constitution (2), que l'aliénation même totale de l'esclave, son affranchissement, ou sa mort, non plus que la *capitis diminutio* ou la mort du fils de famille, n'éteindrait plus désormais l'usufruit acquis par eux au père de famille, et que, si ce dernier mourait ou changeait d'état, l'usufruit qu'il avait acquis par son fils, subsisterait en faveur de celui-ci, quand même il ne serait pas héritier de son père.

Nous ne parlerons pas, dans cet exposé général, du droit appelé *habitatio;* nous renvoyons à l'explication des textes.

Mais nous dirons ici quelques mots de deux droits établis par le préteur, et qui, sans prendre le nom de *dominium* ni de *servitus*, termes réservés à des institutions du droit civil, ressemblent, par leurs effets, à l'un et à l'autre.

Le propriétaire d'un terrain est toujours propriétaire de la maison construite sur ce terrain, ou par lui, ou par un autre. Un édifice n'est pas, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit des gens, une chose distincte du sol qui le supporte : il ne peut pas y avoir un propriétaire de l'édifice et un propriétaire

(1) *L.* 15, *C., eod.*
(2) *L.* 17, *C., eod.*

du sol, distincts l'un de l'autre, il ne peut pas y avoir non plus deux possesseurs différents pour l'édifice et le sol.

Alors même que le maître d'un terrain permet à une autre personne d'y avoir une maison à elle appartenant (*superficiarias ædes, superficiem*), c'est toujours au maître du sol que compétera la revendication (*actio in rem civilis*), et l'interdit *uti possidetis*, pour la maison comme pour le sol (1). Le concessionnaire ne peut, selon le droit civil, qu'agir personnellement contre le concédant, comme acheteur ou comme locataire, *ex empto* ou *ex conducto*, selon que la concession a eu lieu pour une somme fixe ou pour une redevance annuelle; et il obtiendra ainsi, du concédant, des dommages-intérêts, si le trouble vient de lui, ou la cession de ses actions et interdits, si le trouble vient d'un tiers (2).

Mais le préteur donne à ce possesseur de la maison un interdit particulier, et même une action réelle utile (3).

---

(1) Gaius, *L.* 2, *D., de superficiebus :* « Superficiarias ædes appellamus, quæ in conducto solo positæ sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum. »

(2) Ulpien, *L.* 1, § 1, *D., de superfic. :* « Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est. Nam, si conduxit superficiem, ex conducto ; si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Etenim, si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur : sin autem ab alio prohibeatur, præstare ei actiones suas debet dominus et cedere. »

(3) *D. L.* 1, § 1 : « Sed longe utile visum est (.... quia me-

Cet interdit est une sorte d'interdit *uti possidetis* utile et est soumis aux mêmes règles (1).

L'action réelle utile est accordée à l'imitation de la revendication civile, mais seulement en connaissance de cause, le préteur se réservant de ne la donner qu'à celui qui a obtenu une concession à perpétuité ou au moins pour un temps assez long (2).

Le *superficiarius* qui a ainsi, même contre le propriétaire du sol, un interdit spécial et une action réelle prétorienne, pourra, à plus forte raison, se faire donner une exception pour se défendre contre l'action réelle civile et l'interdit direct *uti possidetis*, qui, en principe, compètent à ce propriétaire pour

---

lius est possidere potius quam in personam experiri) hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri.»

Voici les termes de l'édit. (*D.*, *L.* 1, *pr.*) : «UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS, SUPERFICIE QUA DE AGITUR, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUOMINUS FRUAMINI VIM FIERI VETO.» Voilà la formule de l'interdit; voici l'annonce de l'action : «SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO.»

(1) *D. L.* 1, § 2 : «Proponitur autem interdictum duplex, exemplo interdicti uti possidetis. Tuetur itaque prætor eum qui superficiem petiit, veluti uti possidetis interdicto ..... Omnia quoque quæ in uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.»

(2) *D. L.* 1, § 3 : «Quod ait prætor, SI ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO, sic intelligendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita, ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.»

l'édifice comme pour le sol, même contre le concessionnaire de la superficie (1).

Voilà donc le superficiaire assimilé par le préteur à un propriétaire : il a, s'il est permis de le dire, la propriété prétorienne de la maison. Cette assimilation est suivie dans toutes ses conséquences.

Ainsi le superficiaire peut transmettre son droit comme le propriétaire (2).

S'il possède par indivis avec d'autres concessionnaires, il demandera le partage par l'action *communi dividundo* utile (3).

Il peut démembrer son droit, en accordant sur la maison un usufruit, un usage ou une servitude, qui n'auront d'existence que d'après le droit prétorien, et seront protégés par des actions et interdits utiles (4).

---

(1) *D. L.* 1, § 4 : « Is autem, in cujus solo superficies est, utique non indiget utili actione ; sed habet in rem, qualem habet de solo. Plane, si adversus superficiarium velit vindicare, dicendum est exceptione utendum in factum data. Nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. »

L. 3, § 7, *D., uti possidetis* : « Ceterum superficiarii proprio interdicto et actionibus à prætore utentur : dominus autem soli, tam adversùs alium quam adversus superficiarium, potior erit in interdicto uti possidetis ; sed prætor superficiarium tuebitur secundum legem locationis. »

(2) *D. L.* 1, § 7 : « Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit. »

(3) *D. L.* 1, § 8 : « Et, si duobus sit communis, etiam utile communi dividundo judicium dabimus. »

(4) *D. L.* 1, § 6 : « Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari et quasi

Enfin, celui qui a acheté, de bonne foi, une maison *superficiaire* d'une personne qui n'était ni le propriétaire ni le concessionnaire du propriétaire, aura l'action publicienne (1).

Les *agri vectigales* donnent lieu à des observations semblables. On appelle ainsi des fonds appartenant au peuple romain, à des cités, ou à des colléges de prêtres ou de vestales, et loués à des particuliers soit à perpétuité, soit pour un temps plus ou moins long, sous la charge d'une certaine redevance annuelle (*vectigal*), soit en argent, soit en fruits (2).

En principe, le locataire troublé dans sa jouissance ne pourrait qu'agir contre le locateur par l'action *conducti*, pour se faire indemniser si le trouble vient de son fait, ou se faire céder ses actions, si le trouble vient d'un tiers.

Mais ici encore le preneur obtient du préteur une

---

usumfructum sive usum quemdam ejus esse, et constitui posse per utiles actiones, credendum est.»

§ 9 : «Servitutes quoque prætorio jure constituentur; et ipsæ, ad exemplum earum quæ ipso jure constitutæ sunt, utilibus actionibus petentur. Sed et interdictum de his utile competet.»

(1) Paul, *L.* 12, § 3, *D.*, *de publ. in rem act.* : «Idem est (scil. Publiciana competit) et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.»

(2) Voy. Hyginus, *de limitibus constituendis*, éd. Goes., p. 205 Dans les Pandectes, il n'est fait mention que des fonds des tés.

action réelle utile (1), et par là son droit se rapproche de celui d'un propriétaire ou d'un usufruitier, sans se confondre ni avec l'un ni avec l'autre.

Ainsi il diffère de l'usufruitier (indépendamment des modes de constitution et d'extinction des deux droits, qui sont, pour la plupart, dissemblables), en ce qu'il acquiert les fruits dès qu'ils sont séparés du fonds d'une manière quelconque, comme le possesseur de bonne foi, et non en les percevant luimême, comme l'usufruitier (2), et en ce que, comme

---

(1) Paul, *L.* 1, § 1, *D., si ager vectigalis petatur :* « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes. » *L.* 3, *eod. :* « Idem est et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit. »

Quelques auteurs ont douté que cette action fût d'origine prétorienne, à cause du mot *placuit*, qui indique ordinairement une interprétation de jurisconsulte; mais cet argument est suffisamment balancé par l'induction contraire qu'on peut tirer de l'expression : « actio quæ de fundo vectigali *proposita est* » (Papinien, *L.* 66, *pr., D., de evict.*), indépendamment d'autres preuves plus directes.

(2) Julien, *L.* 25, § 1, *D., de usur. et fruct. :* « ... Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet quod dominis prædiorum tributum est. Præterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonæ fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur; ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. »

possesseur d'immeuble, il est dispensé, aussi bien que le propriétaire, de donner certaines cautions prétoriennes, tandis que l'usufruitier n'en est pas dispensé (1).

Ajoutons qu'il peut établir un usufruit d'après le droit prétorien (2).

Sous ces rapports son droit se rapproche de celui du propriétaire; mais il ne faut pas cependant les confondre. C'est la cité ou corporation qui reste propriétaire (*dominus ex jure Quiritium*) du fonds qu'elle a donné à bail comme *fundus vectigalis*. Le preneur paraît avoir un droit analogue à celui du possesseur d'un fonds provincial (*fundus stipendiarius vel tributarius*) (3). De là les distinctions suivantes.

Quand le propriétaire d'une maison qui menace ruine ne veut pas donner, au voisin, caution pour la réparation du dommage que sa chute peut lui occasionner, le voisin peut obtenir du magistrat un premier décret qui le met *in possessione*, puis un second

(1) Macer, *L. 15, D., qui satisdare cogantur* : « Sciendum est possessores immobilium rerum satisdare non compelli. § 1. Possessor autem is accipiendus est qui in agro vel in civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item, qui solam proprietatem habet possessor intelligendus est. Eum vero qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit. »

(2) Ulpien, *L. 1, pr., D., quib. mod. ususfr. am.* : « .... Tuitione prætoris : proinde traditus quoque ususfructus ; item in fundo vectigali, vel superficie ... »

(3) Voy. *Vat. fr.*, 61, cité p. 82, note 3, et conf. p. 45 - 48.

décret qui le constitue possesseur *animo domini*, de manière que, possédant *ex justa causa*, il peut acquérir par usucapion le domaine, que le préteur ne peut lui attribuer immédiatement. Si la maison qui menace ruine est *vectigalis*, ce second décret ne met le possesseur en position d'arriver à l'usucapion, qu'autant qu'il est prononcé sur le refus de la cité à qui appartient la maison; mais s'il est prononcé contre le particulier preneur de cette maison, il ne confère au voisin que le droit de ce preneur, mais il le lui confère immédiatement, puisqu'il est d'institution prétorienne (1).

Observez que, quoique le droit sur l'*ager vectigalis* ne soit pas susceptible d'être acquis par usucapion, le possesseur qui le tient de quelqu'un qu'il croyait en droit de le lui concéder, a l'action publicienne (2).

Le testateur qui lègue un *fundus vectigalis* n'est pas censé avoir légué la propriété civile, qu'il n'a pas, mais seulement le démembrement prétorien, qui lui appartient; aussi peut-il faire ce legs à la cité muni-

---

(1) Ulpien, *L.* 15, § 26, 27, *D.*, *de damno infecto* : « Si de vectigalibus ædibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus nec jubendum possidere : nec enim dominium capere possidendo potest; sed decernendum, ut eodem jure esset, quo foret is qui non caverat ; post quod decretum vectigali actione uti poterit. Sed in vectigali prædio, si municipes non caverint, dicendum est dominium per longum tempus adquiri. »

(2) Paul, *L.* 12, § 2, *D.*, *de publ. in rem act.* : « In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. »

cipale qui a baillé le fonds, sans être réputé avoir légué une chose qui appartient déjà au légataire (1).

L'institution de l'*ager vectigalis* paraît avoir servi de modèle à celle de l'*ager emphyteuticarius*. On en trouve déjà quelque trace dans les textes des jurisconsultes classiques, par exemple dans Ulpien (2), qui pense que le sénatus-consulte qui défend au tuteur d'aliéner les fonds de terre (*prædia rustica vel suburbana*) du pupille, s'applique au fonds emphytéotique, quoique, dans ce cas, dit-il, ce soit plutôt un droit sur un fonds qu'un fonds même qui lui appartienne : manière de s'exprimer que nous l'avons déjà vu employer pour le *fundus vectigalis* (3).

Ces *fundi emphyteuticarii* paraissent avoir été, dans l'origine, des biens patrimoniaux des empereurs, concédés à des particuliers sous des conditions semblables à celles des *fundi vectigales*. Plus tard ces concessions ont pu émaner de toute sorte de personnes.

---

(1) Ulpien, *L.* 71, § 5, 6, *D., de leg.* 1 : « Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat petique possit videamus. Et Julianus ... scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod jus is qui legavit habet, valere legatum. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus quod in vectigalibus fundis habemus. »

(2) L. 3, § 4, *D., de rebus eorum qui sub tutela sunt sine decreto non alienandis :* « Si jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit. Et magis est non posse, quamvis jus prædii potius sit. »

(3) Voy. L. 71, § 5, 6, *D., de leg.* 1, citée dans la note 1, ci-dessus.

Elles sont mentionnées fréquemment dans les constitutions des empereurs de Constantinople, et elles ont été soumises à des règles spéciales par Zénon et Justinien. Dans les recueils publiés par ce dernier, le mot *emphyteuticus* ou *emphyteuticarius* a plusieurs fois été ajouté au mot *vectigalis*, comme synonyme ou comme explicatif (1).

---

(1) Voy. Rubrique du tit. 3 du liv. 6, Dig. : « Si ager vectigalis, *id est emphyteuticarius*, petatur. » — L. 15, § 1, *D., qui satisd. cog.* : « ... Vectigalem, *id est emphyteuticum*, agrum ... »


65


BIBLOS
Firenze